

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DISTINCTION

DE LA

POSSESSION ET DE LA DÉTENTION

EN DROIT ROMAIN.

SON FONDEMENT HISTORIQUE ET SON CRITERIUM.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH DUQUESNE

AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

Thèse Paris.

1898.

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DISTINCTION

DE LA

POSSESSION ET DE LA DÉTENTION

EN DROIT ROMAIN.

SON FONDEMENT HISTORIQUE ET SON CRITERIUM.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 23 juin 1898, à 8 heures 1/2

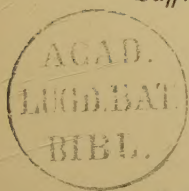
PAR

JOSEPH DUQUESNE

AVOCAT

Président : M. JOBBÉ-DUVAL.

Suffragants : { MM. GIRARD, professeur.
SALEILLES, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

A MA MÈRE.

BIBLIOGRAPHIE

Pour les auteurs antérieurs au XIX^e siècle, nous renvoyons à la bibliographie critique de Savigny, *Traité de la Possession*, p. XVI-XXX. Cette bibliographie pourrait évidemment s'accroître d'un certain nombre d'auteurs, notamment pour la littérature française du XVI^e siècle. Nous ne croyons utile de relever ici que les nouveaux matériaux qui viennent de nous être fournis par de récents travaux sur la littérature juridique du moyen âge.

Libellus de Verbis legalibus, c. 54, 55 et 56 dans *Juristische Schriften des früheren Mittelalters aus Handschriften meist zum ersten Mal herausgegeben und erwärtert*, von Dr Hermann Fitting, Halle, 1876.

Die Glossen des Irnerius, von Dr Gustav Pescatore, Greifswald, 1888, p. 29 gl. ad rubric. c. 7, 32 de acq. vel retin. poss.

Summa Codicis des Irnerius, von Dr H. Fitting, Berlin, 1894. On la désigne plus généralement sous le nom de *Summa Trecensis*. L'attribution de cette somme à Irnerius est une opinion personnelle à M. Fitting. Elle est toujours très combattue. V. l'article de M. Meynial dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1897, p. 339-357, auquel il faut ajouter aujourd'hui la réplique de M. Patetta à M. Fitting dans *Studi Senesi*, 1897, p. 53, 151.

Pour les auteurs modernes, nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer à la bibliographie très complète de M. Saleilles, *Etude sur les Eléments constitutifs de la Possession*, 1894, p. 215-220. Nous poursuivons cette bibliographie jusqu'à nos jours en suivant les principes exposés par M. Saleilles (p. 215, n^o 1), avec cette seule différence que nous écartons, comme étrangers à l'objet plus spécial de notre étude, les travaux ayant uniquement trait à la théorie de la possession soit dans le projet, soit dans la rédaction définitive du nouveau Code civil allemand.

Audibert. — Compte rendu critique de l'ouvrage de Vermond dans *Nouvelle Revue historique*, 1896, p. 441-447.

Hess. — *Besitzen heisst gesichert sein.* Hamburg, 1895.

Hruza. — « *Der Sachbesitzerwerb corpore et animo nach römischen und heutigem Rechte*, dans *Zschr. für das Priv. und öffentl. Recht der Gegenw.*, t. 24, p. 217, 299.

Randa. — *Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes*, 4 Aufl., Leipzig, 1895.

Vermond. — *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, 1895 (1).

(1) Nous mentionnons ici à raison de leur importance pour la question qui nous occupe : pour les interdits possessoires, Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I (seul paru), Paris, 1896 et Ubbelohde (Glück's Commentar) *Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Serie der Bücher 43 und 44, V.Theil*, Erlangen, 1896 ; pour la théorie générale de la possession et pour les interdits possessoires, Girard, *Manuel de Droit romain*, 2^e éd., Paris, 1898.

INTRODUCTION

La distinction de la possession et de la détention soulève un double problème : à quoi reconnaître le possesseur ou le détenteur ? Pourquoi telle personne a-t-elle la possession et telle autre la détention ?

Pendant longtemps la doctrine a donné à cette double question une réponse identique : le possesseur est un détenteur avec *animus domini* ou *animus sibi possidendi*, tel détenteur a la possession parce qu'il a l'*animus domini* ou l'*animus sibi possidendi*. Cette volonté spéciale était tout à la fois le fondement et le critérium de notre distinction. On s'explique facilement que nos anciens jurisconsultes aient tenu pareil langage : la science du droit était pour eux une science de pur raisonnement comme les mathématiques et il n'y a pas lieu de s'étonner qu'après avoir dégagé par l'analyse cette idée d'un *animus* caractéristique de la possession, ils en aient fait du même coup la cause de la possession. Pour peu qu'on veuille abandonner le domaine de l'abstraction et prendre contact avec la réalité de la vie, on aperçoit immédiatement tout ce qu'il y a d'artificiel dans l'explication de nos anciens auteurs. La législation positive, coutume ou droit écrit, n'aurait-elle eu d'autre but, en attribuant les

avantages de la possession à telle ou telle personne, que de reconnaître et consacrer une diversité de volonté ? On peut développer les plus beaux thèmes sur le rôle de la volonté dans le domaine du droit ; on parviendra à nous prouver que la volonté demande à être respectée et protégée dans ses manifestations légitimes ; jamais on ne nous convaincra que l'attribution ou le refus de la protection possessoire dépende d'une diversité de volonté, et notamment, que le voleur doive jouir de la protection possessoire, parce qu'il a la volonté de se comporter en propriétaire, et que le fermier doive en être privé, parce qu'en observateur scrupuleux de son contrat il ne veut exercer que la propriété d'autrui. Le fondement de notre distinction est tout autre. C'est dans la réalité de la vie qu'il faut le chercher, c'est à l'histoire de la vie sociale du peuple romain qu'il faut demander une réponse. Ce fondement n'est pas théorique, mais historique.

Cette recherche n'est cependant pas exclusive d'une tentative de construire dogmatiquement notre distinction et de dégager de la notion de possession un élément théorique qui la caractérise. Par là, se justifie la séparation que nous avons inscrite dans le titre de ce travail entre le fondement historique et le critérium de la distinction de la possession et de la détention.

Le présent travail se divise en trois parties :

1^{re} Etat sommaire de la question d'après les textes.

2^e Histoire dogmatique de notre distinction depuis la

Paraphrase Grecque des Institutes jusqu'à la théorie de Ihering inclusivement.

✓ 3^e Recherche d'une solution.

La deuxième partie est neuve dans son ensemble. Quelques points ont été touchés isolément par quelques auteurs. C'est ainsi que la théorie des glossateurs est déjà signalée par M. Bruns (1), que Ihering (2) rapporte l'opinion de plusieurs jurisconsultes des XVI^e et XVII^e siècles et qu'on trouve mentionnées dans Meischeder (3) et Ihering (4) un grand nombre des théories soutenues pendant le XIX^e siècle. La pensée de ce travail nous a été suggérée par une note du « Der Besitzwille » de Ihering, le recommandant comme utile pour l'étude de notre question (5). Il nous a paru d'autant plus opportun de l'entreprendre, que les conclusions auxquelles Ihering aboutit, après un examen rapide de quelques opinions de l'ancienne jurisprudence, ne sont pas toutes exactes.

(1) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 1848, p. 105, 106.

(2) *Der Besitzwille*, tr. fr. de Meulenaere, p. 208-211.

(3) *Besitz und Besitzschutz*, 1876, p. 9-18.

(4) *Loc. cit.*, p. 211-225.

(5) Tr. fr., p. 210, n^o 110.

PREMIÈRE PARTIE

Dans notre droit français, la distinction de la possession et de la détention apparaît comme quelque chose de précis et de facile, commandé, pour ainsi dire, par la nature des choses. La terminologie employée est assez précise. Le mot possession y est cependant pris comme synonyme de détention dans la définition (art. 2228) et dans les locutions « posséder pour soi » et « posséder pour autrui » (art. 2230 et 2231). L'intérêt pratique, attaché à cette distinction, est expressément indiqué : les possesseurs peuvent acquérir par la prescription, les détenteurs ne le peuvent pas. Enfin le critérium de la distinction est formellement exprimé : les possesseurs sont des détenteurs « à titre de propriétaire ».

Rien de tel en droit romain (1). La terminologie employée est confuse. L'intérêt pratique et le critérium de distinction n'apparaissent pas clairement et ont besoin d'être dégagés par l'interprétation.

(1) V. Cuq, *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'empire*, 1894, p. 47 (Extrait de *Nouv. rev. hist. de droit franç. et étrang.*, 1894).

CHAPITRE PREMIER

DÉFAUT DE PRÉCISION DE LA TERMINOLOGIE

ROMAINE.

I. — Les jurisconsultes romains n'ont pas pour exprimer notre distinction d'expressions techniques. Les mots *possidere* et *tenere* sont les deux termes qui ont donné naissance aux expressions possession et détention. La l. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1, les oppose très nettement l'un à l'autre. Malheureusement cette opposition ne se soutient pas dans l'ensemble des sources.

Le mot *possidere* se rapporte tantôt à la simple détention, tantôt à la possession proprement dite. A chaque pas, l'interprète est contraint de rechercher le sens attaché à cette expression. Le mot *tenere* est plus précis. Il ne s'applique qu'à la détention. Mais il n'est pas le seul employé. S'agit-il de la détention des *res extra commercium*, les expressions employées sont *non possidere* (1), *possidere desinimus* (2), *possidere non puto* (3), *possidere non possumus* (4). S'agit-il de la détention par les personnes en puissance : esclaves ou fils de famille,

(1) L. 3, § 14, D. *de adq. vel amitt. poss.*, 41, 2.

(2) L. 3, § 17; L. 30, §§ 3 et 4, D. *h. t.*

(3) L. 23, § 2, D. *h. t.*

(4) L. 30, § 1, D. *h. t.*

nous ne rencontrons guère que le mot *tenere*, parfois accompagné des adverbess *naturaliter* (1) ou *corporaliter* (2). S'agit-il du *missus in possessionem rei servandae causâ*, les textes disent qu'il ne possède pas, qu'il est *in possessione*, qu'il a la simple *custodia rerum* (3). Le dépositaire, le locataire, le fermier, le commodataire, l'usufruitier et autres « détenteurs contractuels » *non possident* (4), *sunt in possessione* (5), *tenent* (6), *alieno nomine possident* (7), *naturaliter possident* (8). En présence d'une telle multiplicité d'expressions, on est tenté de se demander, si les jurisconsultes romains ont jamais songé à embrasser ces différentes hypothèses sous une notion générique, qu'on pourrait appeler du nom de détention. Il semble cependant que, sous ces expressions diverses, les jurisconsultes romains aient en vue quelque chose de précis. Lorsque Ulpien oppose ceux qui *tenent* ou *non possident* à ceux qui *possident* (9), ou affirme *aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse* (10), ou lorsque Celsus dit non moins expressé-

(1) L. 49, § 1, D. *h. t.* ; l. 1, § 22, D. *de vi et de vi arm.*, 43, 16 ; l. 38, § 8, D. *de verb. oblig.*, 45, 1.

(2) L. 24, D. *h. t.*

(3) L. 3, § 23, et l. 10, § 1, D. *h. t.* ; l. 3, § 8, D. *uti poss.*, 43, 17.

(4) L. 10, § 5, D. *de adq. rer. dom.*, 41, 1 ; l. 3, § 20, D. *h. t.* ; l. 6, § 2, D. *de prec.*, 43, 26.

(5) L. 9, D. *h. t.* ; l. 6, § 2, D. *de prec.*, 43, 26.

(6) L. 5, § 1, D. *ad. exhib.*, 10, 4 ; l. 1, § 22, D. *de vi*, 43, 16.

(7) L. 18 pr., D. *h. t.*

(8) L. 12 pr., D. *h. t.*

(9) L. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1.

(10) L. 10, § 1, D. *h. t.*

ment : *nec idem est possidere et alieno nomine possidere* (1) ; ils paraissent exprimer une distinction dont ils ont nettement conscience.

II. — En réalité, quand on compare ces différentes expressions entre elles et qu'on contrôle l'emploi qu'en ont fait les jurisconsultes romains, on s'aperçoit que, sous cette terminologie variée, se cache une idée commune. On voit apparaître, d'une part, ceux qui possèdent, c'est-à-dire qui peuvent se prévaloir des effets juridiques, attachés à certaines situations, dont le caractère commun est de reposer sur une relation matérielle plus ou moins intime de la personne avec la chose possédée, et, d'autre part, ceux qui ne peuvent se prévaloir de ces effets (*non possident*), mais qui se trouvent cependant dans une certaine relation matérielle avec la chose (*tenent, in possessione sunt, naturaliter tenent, naturaliter vél corporaliter possident*), et qui, grâce à ce rapprochement, peuvent surveiller et garder la chose (*observationem et custodiam rerum habent*). Sous ces termes multiples qui n'expriment par eux-mêmes que la constatation d'un fait, il est donc possible de dégager une notion abstraite et commune, qui suppose une certaine relation matérielle entre une personne et une chose et l'absence des effets juridiques qui caractérisent la possession. En dégageant cette notion, et en la dési-

(1) L. 18 pr., D. h. t.

gnant sous la dénomination technique de détention, les interprètes n'ont fait qu'achever une synthèse déjà ébauchée par les jurisconsultes romains et fixer une terminologie imprécise.

CHAPITRE II

DÉFAUT DE PRÉCISION DES TEXTES QUANT A L'INTÉRÊT PRATIQUE DE LA DISTINCTION.

I.—Nous venons de voir que, dans la pensée des jurisconsultes romains, l'idée de détention se lie à celle d'absence de certains effets juridiques, qui appartiennent en propre à la possession. Il s'agit maintenant de déterminer quels sont les avantages propres de la possession. En d'autres termes, il faut rechercher quel est l'intérêt pratique de notre distinction.

Les textes nous laissent dans l'embarras à cet égard. Les jurisconsultes romains se contentent de nous dire : *Aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse* (1), sans nous indiquer en quoi consiste cette différence. Ici encore, nous sommes obligés de rechercher leur pensée par voie d'interprétation.

La détention n'est pour eux qu'un simple fait sans valeur juridique propre. La possession, au contraire, est un fait qui produit certains effets dans le domaine du droit. L'idée de possession se lie dans leur esprit à celle d'avantage juridique. La locution *alieno nomine*

(1) L. 25, D. de usurp., 41, 3, (7)

possidere ou *tenere* met nettement en relief cette manière de voir. Une personne détient, mais les avantages juridiques qui constituent la possession ne lui profitent aucunement. Ils vont à une autre personne, à celle pour laquelle elle détient. Le détenteur ne fait que donner le concours de ses services à la possession d'autrui, *alienæ possessioni præstat ministerium*.

II. — Mais les jurisconsultes romains se laissent parfois entraîner à confondre la possession avec tel ou tel de ses avantages. Comme les effets de la possession sont nombreux et réclament pour se réaliser des conditions différentes, cette confusion les conduit à reconnaître la possession et à la refuser, tout à la fois, à la même personne, suivant qu'ils envisagent tel ou tel effet de la possession. La loi 15, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8 nous fournit à cet égard deux exemples frappants. D'après cette loi, le créancier gagiste *non est possessor*. Ce sont là précisément les expressions qui servent à désigner le détenteur. La loi 1, § 15, D. *h. t.* et la loi 16, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3 disent, au contraire, que le créancier gagiste ne possède pas *ad usucapionem*, mais possède *ad reliquas omnes causas*. D'après cette même loi 15, l'emphytéote *possessor intellegitur*, alors qu'il n'a certainement pas la *possessio ad usucapionem* et qu'il ne jouit très probablement pas, comme nous le verrons plus loin, des interdits possessoires directs. Sans doute, dans cette loi 15, le jurisconsulte Æmi-

lius Macer, en disant que l'emphytéote possède et que le créancier gagiste ne possède pas, se place uniquement au point de vue de la dispense de fournir des fidéjusseurs dans la *cautio in jure sistendi*; mais les termes absolus, dans lesquels il formule sa solution: *possessor, non est possessor*, porteraient à croire que la distinction de la possession et de la détention est quelque chose d'essentiellement variable, qui se modifie suivant les différents effets de la possession.

III. — Il n'en est rien. Un certain nombre de témoignages attestent l'existence d'une notion de possession indépendante des effets qu'elle produit et commune à tous ces effets. Ainsi la possession est une notion juridique, distincte de la faculté d'usucaper: « *sine possessione usucapio contingere non potest* » (1). De même, la protection des interdits est accordée à une certaine possession qui se caractérise en elle-même, abstraction faite de l'attribution des interdits... « *eam solam possessionem... quæ locum habet in interdicto uti possedetis vel utrubi* » (2).

IV. — Cette notion de possession indépendante des avantages qui s'y rattachent est commune à tous ces avantages. Il y a pour le prouver un argument péremptoire à tirer de l'ordre différent, suivi par les commentateurs de l'Edit, et, de la manière, dont les compilateurs

(1) L. 25, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) L. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1.

du Digeste ont formé leur titre général sur la possession. Des quatre commentateurs de l'Edit, trois ont traité de la possession, d'une manière principale, à propos de l'usucapion : ce sont Paul, Gaius et Julien. Ulpien ne paraît, au contraire, s'en être occupé qu'à propos des interdits (1). Il est même à remarquer que Paul dans son livre 54 *ad Edictum* paraît avoir traité non seulement de la possession et de l'usucapion, mais aussi de *his quæ per turbam fiunt*. Dans ses *Sententiæ Receptæ*, Paul expose la théorie de la possession au titre de *usucapione* (V, 2), placé immédiatement avant le titre de *his quæ per turbam fiunt* (V, 3) (2). En outre, Tribonien et ses collègues ont emprunté les règles fondamentales de la possession indifféremment à des œuvres relatives à l'usucapion et à des œuvres relatives aux interdits (3).

(1) Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, pp. 18 et 19.

D'une part, le commentaire à l'Edit d'Ulpien, le plus complet qui nous soit parvenu, ne porte aucune trace, dans la partie qui correspond au liv. 54, *ad Ed.* de Paul, au liv. 44, Dig. de Julien et au liv. 21, *ad ed. prov.* de Gaius, d'une digression sur la possession à propos de l'usucapion, comme nous en trouvons dans les livres précités des trois autres commentateurs de l'Edit (Lenel, *E. P.*, p. 19). D'autre part, les emprunts que les compilateurs du Digeste ont faits à Ulpien pour leur titre général sur la possession sont tous faits à la partie de son commentaire qui traite des interdits (l. 2, 4, 6, 10, 12, 13 et 16, tirées des liv. 67 à 74, *ad Ed.* d'Ulpien, Lenel, *E. P.*, p. 356).

(2) V. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 310.

(3) Parmi les fragments extraits des commentateurs sur l'Edit, les uns sont tirés de livres où l'on traite de l'usucapion (l. 1 et l. 3 extraites du liv. 54, *ad Ed.* de Paul et l. 38 extraite du liv. 44, Dig. de Julien), les autres sont tirés de livres relatifs aux interdits (tous les fragments d'Ulpien, les l. 5, 8, 11 et 14 tirées des liv. 63 à 69, *ad Ed.* de Paul, les l. 9 et 15 tirées des liv. 25 et 26, *ad ed. prov.* de

Cette notion de la possession commune à l'usucapion et aux interdits s'étend encore à d'autres effets, auxquels elle se rattache d'une manière moins complète et moins absolue, et, à l'occasion desquels, par conséquent, elle n'avait pas à être exposée d'une manière principale.

V. — La question que nous devons maintenant résoudre est celle de savoir au point de vue de quel effet de la possession se placent les juriconsultes romains, lorsqu'ils distinguent la possession de la détention. Or, pour eux, avons-nous dit, la détention est un simple fait sans valeur juridique propre. La possession qu'on lui oppose doit être cette espèce de possession la plus large possible, celle qui réclame les conditions les moins rigoureuses pour produire un de ces effets que nous avons signalés. Il y a donc lieu de classer ces différents effets entre eux.

VI. — Les effets de la possession sont nombreux. Nous ne nous occuperons pas de l'acquisition de possession qui accompagne l'acquisition de propriété par voie d'occupation et par voie de tradition. La naissance de la propriété n'apparaît pas comme une conséquence de la naissance de la possession. Les deux effets se réa-

Gaius (Lenel, *E. P.*, p. 356). Quant aux deux fragments de *Venuleius* (l. 52 et 53), leur inscription nous dit expressément qu'ils viennent de livres sur les interdits.

lisent simultanément par l'acte d'appréhension. Restent le rôle avantageux de défendeur à la revendication, la protection des interdits possessoires, l'obligation de réparer les délits commis par les esclaves ou d'en faire abandon noxal (1), l'acquisition des fruits, l'usucapion et la dispense de fournir des fidéjusseurs en cas de *cautio in jure sistendi*.

VII. — Ecartons immédiatement du débat ce dernier effet, rattaché à tort, nous semble-t-il, à la théorie de la possession. En effet, en dehors de la loi 15, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8, il n'en est plus jamais question à propos de la possession. Jamais les jurisconsultes romains n'y font allusion en matière de possession. Ils paraissent même ignorer complètement cet effet prétendu de la possession. Les lois 1, § 15, D. *h. t.*, et 15, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3, nous en donnent une preuve frappante. D'après ces textes, le débiteur gagiste possède *ad unam tantum causam...*, *ad usucapionem*, *ad usucapionem tantum*; le créancier gagiste possède *ad reliquas omnes causas*. Notre loi 15 dit formellement que le créancier gagiste *possessor non est*, en tant qu'il s'agit de la dispense de fournir des fidéjusseurs. Nos anciens auteurs concluaient à un oubli des jurisconsultes romains dans

(1) V. notam. les l. 11, 12, 13 et 22, D. *de noxal. act.*, 9, 4. Sur les conditions requises pour être tenu des actions noxales, v. Girard, *Les actions noxales* dans *Nouv. Rev. hist.*, 1887, p. 427 et suiv. D'une manière générale, sur les effets de la possession, v. Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, 1880, p. 39-92.

les lois 1, § 15, D. *h. t.*, et 16, D. 41, 3. En réalité, il n'y a in oubli des jurisconsultes romains, ni antinomie entre les textes. Pour le prouver, il faut auparavant se rendre compte de l'objet de cette loi 15 et déterminer les motifs qui ont dicté les solutions que le jurisconsulte Æmilius Macer y rapporte (1).

Ce texte dispense ceux qui offrent par eux-mêmes des garanties suffisantes de solvabilité de fournir des fidéjusseurs, dans les cas où ils seront tenus de donner la *cautio in jure sistendi*. Celle-ci a pour objet de parer au danger que court le demandeur, lorsque le défendeur se dérobe à l'instance. Sans le secours de cette caution, il peut faire déclarer le défendeur *indefensus*, obtenir la *missio in possessionem* et faire procéder à la *venditio bonorum*. Mais la *missio in possessionem* n'atteint que les choses actuellement dans le patrimoine du défendeur. Si celui-ci n'a aucun patrimoine, le demandeur est victime de la mauvaise foi de son adversaire. L'engagement des fidéjusseurs le prémunit contre une telle occurrence. Si le défendeur n'a dans son patrimoine que des objets mobiliers, il n'est pas dispensé de fournir des fidéjusseurs. Les meubles peuvent être trop facile-

(1) La l. 15 ne nous dit pas à quoi sont tenues les personnes qu'elle dispense de fournir des fidéjusseurs. Peuvent-elles faire une *nuda promissio* ou doivent-elles donner une *cautio juratoria* ou contracter un engagement hypothécaire ? La question est discutée. V. renseignements bibliographiques et examen de la question dans Glück, *Pandektencommentar*, liv. 2, tit. 1-13, 2^e édit., Erlangen, 1806, p. 460, n. 28.

ment déplacés pour qu'ils constituent une garantie suffisante en faveur du demandeur. Sont seuls dispensés de fournir des fidéjusseurs ceux qui ont actuellement des immeubles dans leur patrimoine. De ce nombre, sont, en dehors du propriétaire quiritaire, le propriétaire provincial et l'emphytéote. Le créancier gagiste et l'usufruitier n'en sont pas dispensés. En effet, la chose donnée en gage n'entre pas dans le patrimoine du créancier gagiste, la chose grevée d'usufruit reste dans le patrimoine du nu-propriétaire. La dot compte tout à la fois dans le patrimoine du mari et dans celui de la femme. En réalité, la dot devient la propriété du mari et entre dans son patrimoine ; mais les restrictions apportées aux pouvoirs du mari et les garanties de restitution données à la femme ont amené des jurisconsultes à considérer la dot comme étant actuellement dans le patrimoine de la femme (1). Notre loi 13 contient une application de cette manière de voir. Si le fondement de cette loi est bien celui que nous avons indiqué, on peut décider par identité de motifs que le possesseur de bonne foi et le superficiaire sont dispensés de fournir des fidéjusseurs ; car la chose figure dans leur patrimoine (2). Cette explication soulève toutefois une

(1) Tryphoninus, l. 75, D. de J. Dot., 23, 3, *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Ulpien, l. 3, § 3, D. de min., 4, 4, *Quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est*.

(2) L. 49, D. de verb. signif., 50, 16, extraite du liv. 59, *ad Edictum* d'Ulpien, cè jurisconsulte y commentait l'Edit au titre *quibus ex causis in possessionem eatur* (Lenel, E. P., p. 331). Dans le passage,

objection. Plusieurs textes disent, en effet, que nous sommes censés avoir dans notre patrimoine les objets que nous pouvons réclamer par une action (1). Or, la loi 15 dans son paragraphe 4 semble faire à cet égard une distinction inexplicable dans notre théorie. Certains auteurs (2) ont, en effet, compris ce texte en ce sens que, seraient seuls dispensés de fournir des fidéjusseurs, ceux qui auraient une action réelle pour recouvrer la chose, tandis que, n'en seraient pas dispensés, ceux qui jouissent seulement d'une action personnelle.

Il est facile de répondre à cette objection. Les textes, qui comptent dans notre patrimoine les objets, que nous pouvons réclamer par une action, formulent une vérité pratique plutôt qu'ils n'expriment une règle de droit. Si nous sommes munis d'une action pour recouvrer un objet qui est actuellement hors de notre patrimoine, c'est pratiquement la même chose que si nous avions cet objet dans notre patrimoine. Le tiers détenteur ne pourra pas en profiter puisqu'à tout moment nous pourrions le contraindre à restituer. L'action remplace dans notre patrimoine l'objet lui-même et nous en tient lieu de telle sorte que pratiquement on peut

rapporté sous le fr. 49, Ulpien indiquait les biens qui figuraient dans notre patrimoine au regard du créancier. Cuq, *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, pp. 36 et 44.

(1) L. 52, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1 ; l. 49 et l. 143, D. *de verb. signif.*, 50, 16 ; l. 15, D. *de reg. juris*, 50, 17.

(2) V. auteurs cités dans Glück, *loc. cit.*, pp. 469 et 470.

considérer la chose comme actuellement dans notre patrimoine.

Il en est tout autrement en droit. L'action seule figure dans notre patrimoine et fera seule l'objet de la *missio in possessionem*. La chose elle-même demeure hors des atteintes du *missus in possessionem*. Et, en se plaçant uniquement sur le terrain du droit romain, qui ne fait pas encore la distinction des actions en mobilières et en immobilières, on peut dire que le titulaire d'une action personnelle ou réelle en recouvrement d'un immeuble n'est pas possesseur d'une chose immobilière : « *Minus est actionem habere, quam rem* », nous dit d'ailleurs Pomponius. Il n'est donc jamais dispensé de fournir des fidéjusseurs. La solvabilité du possesseur n'est pas aussi apparente. Elle réclamerait une appréciation du magistrat. Et combien rares seraient les défendeurs qui n'auraient pas une action quelconque en réclamation d'une chose immobilière? Quant au paragraphe 4 de notre l. 15, il n'a nullement pour objet d'établir une distinction entre les titulaires d'actions réelles et les titulaires d'actions personnelles au point de vue de la dispense de fournir des fidéjusseurs.

Pour lui donner son exacte portée, il faut le rattacher au paragraphe 3 (1). Dans ce paragraphe 3, le jurisconsulte Macer nous dit que l'existence d'une dot immobilière dispense le mari et la femme de l'obligation de

(1) Glück, *loc. cit.*, p. 475 et 476.

fournir des fidéjusseurs. Il supposait sans doute que la dot avait été constituée par voie de *datio*, ou que constituée par voie de *dictio* ou de *promissio*, elle avait déjà été livrée. Dans le paragraphe 4, il suppose, au contraire, que la *dictio* ou la *promissio* n'a pas encore été exécutée, le mari n'a qu'une *condictio* pour obtenir la tradition. Le jurisconsulte Macer nous déclare qu'en pareil cas la situation du mari et de la femme est tout autre, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas dispensés de fournir des fidéjusseurs. Notre théorie se concilie donc parfaitement avec ces textes et nous pouvons conclure que pour être dispensé de fournir *satisdatio*, il faut avoir une chose immobilière actuellement dans son patrimoine. Le mot *possessores* n'est pas pris ici dans ce sens rigoureux qu'il a surtout dans la langue des interprètes. Il désigne tous ceux qui peuvent compter actuellement l'immeuble donné dans leur patrimoine, *in bonis computare, adnumerare*. Le jurisconsulte Macer n'a pas craint de se servir de cette expression dans notre hypothèse : d'une part, parce que le mot *possessor* a toujours gardé en droit romain une signification assez vague et qu'il s'adapte, par suite, comme nous l'avons vu, à des situations très diverses, et, d'autre part, parce que c'est la seule expression qui fasse ressortir cette condition, que l'immeuble doit être *actuellement* dans le patrimoine du défendeur. Pour être dispensé de fournir *satisdatio*, deux conditions sont donc requises : avoir un droit qui permette de compter l'immeuble dans son patrimoine

et avoir l'immeuble dans son patrimoine au moment de donner la *cautio in jure sistendi*.

VIII. — Recherchons maintenant pour les autres effets de la possession quelles conditions sont requises pour qu'ils se réalisent ou du moins déterminons quelles personnes peuvent en profiter. Nous arriverons ainsi à connaître l'espèce de possession la plus large.

L'usucapion et l'acquisition des fruits réclament la bonne foi. En profitent seuls les possesseurs de bonne foi. L'obligation de réparer les délits commis par l'esclave possédé incombe aux possesseurs de bonne et de mauvaise foi, mais ne grève aucunement le créancier gagiste et le précariste, *licet tamen juste possideant* (1). Il y a donc une notion de possession plus large, qui comprend même le créancier gagiste et le précariste. C'est la possession *quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi* et qui fut nécessaire, jusqu'à une certaine époque, pour jouer le rôle de défendeur à la revendication. Les interprètes la désignent parfois sous le nom de *possessio ad interdicta*. Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que cette notion de possession soit spéciale aux interdits *retinendae possessionis*. Les interdits *de vi* paraissent exiger cette même possession. On a parfois opposé à cette théorie la loi 1, § 9, D. *de vi*, 43, 16 :

Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter

(1) L. 22, § 1, *de nox*, act. 9, 4 ; *adde*, l. 11, 12, 13, D. *eod. tit.*

possideat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

La *possessio naturalis* dont il est ici question ne peut être la simple détention. La loi 1, §§ 22 et 23 et la loi 20, D. *de vi*, 43, 16 le prouvent.

Nous croyons, avec la plupart de nos anciens auteurs et beaucoup d'auteurs modernes (1), qu'il faut interpréter le § 9 de la loi 1, en le rapprochant du § 10 et comprendre ici sous l'expression de *possessio naturalis* la possession acquise *ex injusta causa*, comme, par exemple, la possession de l'époux donataire. La *possessio naturalis* qui suffit pour pouvoir exercer les interdicts *de vi* suffit également pour exercer les interdicts *retinendae possessionis*. La loi 9, D. *de rei vind.*, 6, 1, en parlant des interdicts *retinendae possessionis* n'a donc pas fait une énumération limitative. Cette constatation faite, nous n'avons pas à rechercher si l'interdit *de precario* est un interdit *recuperandae possessionis* (2) et s'il y a eu un interdit *de clandestinâ possessione*.

La possession la plus large que l'on rencontre est donc la possession *ad interdicta*. C'est par suite à propos des interdicts que les possesseurs sont distingués des détenteurs. Si ce possesseur, qui jouit de la protection des interdicts, possède *cum opinione domini* (3), il est tenu *noxaliter* à raison des délits commis par l'es-

(1) Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 29-33.

(2) V. auteurs cités par M. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 404, n. 3.

(3) L. 22, § 1, D. *de nox.*, act. 9, 4.

clave qu'il possède. S'il possède de bonne foi, il peut arriver à la propriété de la chose par l'usucapion et faire les fruits siens.

IX. — Jouissent de la protection des interdits possessoires et par suite sont possesseurs : le propriétaire et le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Le créancier gagiste ne possède pas *ad usucapionem*, mais possède *ad reliquas omnes causas* (1). Le précariste a tantôt la possession et tantôt la détention. Il est possesseur, s'il a demandé *ut sibi possidere liceat* (2). Il est détenteur, s'il a demandé *non ut possideret, sed ut in possessione esset* (3) ou bien *ut precario in fundo moretur* (4).

Le dépositaire séquestre a également tantôt la possession et tantôt la détention ; cela dépend de la volonté des déposants.

Le dépôt a-t-il lieu *omittendae possessionis causâ*, la possession passe au séquestre. Le dépôt a-t-il lieu *custodiae causâ*, la possession n'est pas interrompue et le séquestre ne fait que détenir pour le compte de la partie qui triomphera dans le procès (5).

X. — Restent deux classes de personnes, pour lesquelles on discute si elles sont possesseurs ou déten-

(1) L. 1, § 13, D. *h. t.* et l. 16, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) L. 2, § 3, D. *de prec.*, 43, 26.

(3) L. 10, § 1, D. *h. t.*

(4) L. 6, § 2, D. *de prec.*, 43, 26.

(5) L. 27, pr. et § 1, D. *dep.*, 16, 3 ; l. 39, D. *h. t.*

teurs. Ce sont les emphytéotes et les superficiaires.

Quant à l'emphytéote, nous n'avons qu'un texte : la loi 15, D. *qui sat. cog.*, 2, 8. Ce texte le déclare possesseur. Nous avons vu le sens qu'il fallait attacher à cette expression. Il ne s'agit là aucunement de la distinction de la possession et de la détention, telle qu'elle apparaît d'après l'ensemble des sources.

L'emphytéote ne fut très probablement jamais protégé par les interdits possessoires directs.

L'emphytéose ne s'étendit aux fonds des particuliers qu'à une époque où la *juris possessio* était déjà connue et ne donna lieu qu'à la délivrance d'interdits utiles. Avant cette extension, il paraît très vraisemblable qu'elle ait été protégée par l'interdit de *loco publico fruendo* (1).

XI. — Le superficiaire semble n'avoir jamais eu que la *juris possessio*. M. Dernburg soutient qu'il a la *possessio rei* (2). Il s'appuie sur un texte d'Ulpien qui accorde l'*unde vi* au superficiaire, sans spécifier que l'interdit est donné *utiliter* (3). Il en conclut qu'il s'agit d'un interdit direct.

Cette conclusion est erronée ; car le même Ulpien, dans le même livre de son commentaire à l'Edit, étudie longuement l'application de l'*unde vi* à l'usufruitier et à

(1) Cuq, *Nouv. Rev. hist. de dr. franç. et étrang.*, 1894, p. 57 ; Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 507.

(2) *Pandekten*, 4^e édit., t. I, p. 645.

(3) Ulpien, 69, *ad Ed.*, l. 1, § 5, D. *de vi*, 43, 16.

l'usager et n'indique jamais, du moins, dans l'état où son commentaire nous est parvenu (1), qu'il s'agisse là d'un interdit utile. Il est pourtant incontestable que l'usufruitier et l'usager ne sont protégés que par des interdits possessoires utiles (2).

D'ailleurs, au temps d'Ulpien et même déjà à celui de Pomponius, le superficiaire est protégé par un interdit spécial : l'interdit *de superficibus* (3). Or, Ulpien s'exprime à l'égard de cet interdit dans des termes, qui ne peuvent laisser aucun doute sur la nature de la possession qu'il reconnaît au superficiaire (4). C'est un interdit double *exemplo interdicti uti possidetis*. Le superficiaire y est protégé *veluti uti possidetis interdicto*. Les expressions *exemplo*, *veluti* font immédiatement penser à un interdit utile. La formule même de l'interdit *de superficibus* corrobore cette présomption (5). Elle est

(1) Ad. Schmidt dans *Zeitsch. der sav. Stift.*, t. 11. Röm. Abth., p. 161, n° 6 ; Degenkolb. *Platzrecht und Miethe*, p. 88 et Pflüger, *Die sogenannten Besitzklagen*, p. 188 admettent, non seulement au regard de l'usufruitier et de l'usager, mais aussi au regard du superficiaire, qu'Ulpien parlait d'un interdit *unde vi* utile, mais que cette mention a été supprimée par les compilateurs du Digeste. M. Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 13, croit, au contraire, qu'Ulpien n'a pas cru nécessaire de faire remarquer qu'il s'agissait d'un interdit utile. Il s'occupait uniquement de rechercher à quelles personnes compétè l'*unde vi*, sans déterminer dans quels cas il est direct et dans quels cas il est utile.

(2) *Frag. Vat.*, 90 et 91.

(3) L. 3, § 7, *in fine*, D. *uti poss.*, 43, 17.

(4) L. 1, § 2, D. *de superf.*, 43, 18.

(5) L. 1, pr. D. *de sup.*, 43, 18. V. sur les rapports de l'interdit *uti possidetis* avec l'int. *de superficibus*. Ad. Schmidt, *Zeitschr. der sav. Stift.*, t. 11. Röm. Abth., p. 136 et suiv.

calquée sur celle de l'interdit *uti possidetis*, mais on a pris soin de remplacer les mots *possidetis* et *possideatis* par *fruimini* et *fruanini*, indiquant bien par là qu'il s'agissait non pas d'une véritable possession, mais d'une simple jouissance. A l'époque de Pomponius, le superficiaire n'a donc que la *juris possessio*. Mais cette notion de *juris possessio* est de date relativement récente. Elle ne remonte très probablement qu'à la seconde moitié du premier siècle de notre ère. La question se pose alors de savoir si, antérieurement, le superficiaire n'a pas eu la *possessio rei*.

Pour répondre à cette question, nous avons deux fragments d'Ulpien : l'un est un aperçu historique donné par Ulpien lui-même (1), l'autre renferme deux solutions de Labéon relatives au superficiaire (2). Dans le premier texte, Ulpien nous dit très nettement qu'avant la création de l'interdit *de superficiebus*, le superficiaire n'avait que son action personnelle, en cas de trouble de la part du *dominus soli*, et les actions du *dominus soli*, dont il pouvait exiger la cession, en cas de trouble de la part des tiers. Lorsqu'il intentait son action personnelle, soit pour faire cesser le trouble réalisé par le *dominus soli*, soit pour obtenir de celui-ci la cession de ses actions afin d'agir contre les tiers, il devait établir l'existence de son contrat avec le *dominus soli*. Or, la preuve, paraît-il, pouvait être difficile (le bail de

(1) L. 1, § 1, D. *de sup.*, 43, 18.

(2) L. 3, § 7, D. *uti poss.*, 43, 17.

superficie notamment est héréditaire). Pour parer à cet inconvénient, on imagina l'interdit *de superficiebus* où cette preuve n'est pas requise. Avant la création de l'interdit *de superficiebus*, le superficiaire n'avait donc les interdits possessoires qu'à raison d'une cession volontaire ou forcée de la part du *dominus soli*.

Le témoignage de Labéon ne contredit pas celui d'Ulpien : il le confirme plutôt. Remarquons tout d'abord que Labéon ne s'occupe pas de l'hypothèse normale, c'est-à-dire du cas où toute la construction est l'œuvre du superficiaire. Dans les deux hypothèses qu'il examine, la superficie porte seulement sur une partie de la maison. Toutefois, de l'argument qu'il invoque pour résoudre la première hypothèse, on peut facilement induire ce qu'il aurait décidé dans l'hypothèse normale. En effet, dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la superficie ne porte que sur les étages de la maison, Labéon refuse la possession au superficiaire en vertu de la règle : *superficies solo cedit*. Appliquée au cas où toute la construction a été faite par le superficiaire, cette règle conduit également à refuser l'interdit au superficiaire pour le donner au *dominus soli*. Donc que la superficie porte sur la totalité de la maison ou sur les étages seulement, c'est toujours le propriétaire ou possesseur du sol qui jouit de l'interdit *uti possidetis*. Cette solution concorde parfaitement avec le texte précédemment cité d'Ulpien.

Il paraît d'ailleurs impossible de trouver une autre

solution dès l'instant où l'on invoque la règle *superficies solo cedit*. Labéon semble cependant consacrer la solution contraire dans la seconde hypothèse qu'il prévoit. Lorsque le *cænaculum* a un accès propre sur la voie publique, il accorde l'*uti possidetis* à celui qui occupe le *cænaculum* et non à celui qui occupe les *κρύπται*. Cette partie du texte a soulevé bien des discussions. Il faut avouer que la rédaction en est pour nous assez obscure, très probablement parce que nous nous trouvons en présence d'un usage particulier aux Romains. Les conditions de l'hypothèse sont incomplètement déterminées. Labéon oppose le *cænaculum*, c'est-à-dire, au sens ordinaire du mot, les étages, aux *κρύπται*, expression qui sert habituellement à désigner la cave ou le sous-sol. Les interprètes se sont demandé s'il fallait faire rentrer le rez-de-chaussée sous le mot *cænaculum* ou sous le mot *κρύπται*. Labéon suppose que le *cænaculum* a un accès propre sur la voie publique, mais ne nous dit pas s'il est indifférent que les *κρύπται* aient ou n'aient pas d'issue indépendante sur la voie publique. Enfin la possession du *cænaculum* se trouve-t-elle chez le détenteur du *cænaculum* ou chez le détenteur des *κρύπται*? Voilà bien des points sur lesquels la sagacité des interprètes s'est exercée sans que l'accord se soit jamais fait (1). Les éléments de solution sont insuffisants. Nous ne nous arrêtons donc pas à l'examen des différentes conjectures.

(1) V. Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 541 à 520.

Remarquons cependant, que le texte ne s'opposerait pas à une conjecture, d'après laquelle le *coenaculum* comprendrait le rez-de-chaussée et la possession du sol appartiendrait à l'occupant du *coenaculum*. L'issue dont il s'agirait serait un accès de plain-pied ou presque sur la voie publique. L'occupant des κρύπται, n'aurait qu'un droit analogue à celui du superficiaire. Le texte ne parle, du reste, jamais de superficie dans cette hypothèse. Dans cette conjecture, nous aurions une application, *mutatis mutandis*, de la règle *superficies solo cedit*. Nous n'aurions pas ici une exception à la règle d'après laquelle le superficiaire n'a pas les interdits possessoires directs ; car l'occupant du *coenaculum* serait possesseur du sol et non superficiaire.

La différence signalée entre les deux hypothèses par le mot *plane* qui les relie consisterait uniquement en ce que, dans la première hypothèse, les interdits possessoires appartiennent au détenteur de la partie inférieure de la maison, tandis que, dans la seconde hypothèse, ils appartiennent au détenteur du *coenaculum*.

D'ailleurs, s'il fallait même admettre que les interdits possessoires sont ici donnés à un superficiaire, cela prouverait uniquement que la qualité de superficiaire n'est pas incompatible dans la pensée des jurisconsultes romains avec celle de possesseur. Il resterait toujours que le superficiaire n'a pas normalement la possession ; car l'hypothèse dont il est ici question est certainement exceptionnelle.

En résumé, le superficiaire n'est qu'un simple détenteur à partir de Pomponius et il n'a peut-être jamais été possesseur. Tout au plus, peut-on admettre qu'il ait été possesseur dans l'hypothèse spéciale prévue par Labéon.

XII. — Nous avons ainsi atteint le but que nous nous étions assigné dans ce chapitre. Nous sommes arrivé, malgré le silence des sources et les inexactitudes de langage des juriconsultes romains, à découvrir le terrain spécial sur lequel se dresse la distinction de la possession et de la détention. N'oublions pas, cependant, que nous n'avons obtenu ce résultat que par un travail d'interprétation, dans lequel nous avons à plusieurs reprises suppléé à la pensée des juriconsultes romains et nous avons profité des travaux des interprètes antérieurs. Ne nous étonnons pas, dès lors, si, dans l'historique des doctrines, nous rencontrons à plusieurs reprises les inexactitudes ou les hésitations, que nous avons relevées dans les textes, et notamment, si la distinction de la possession et de la détention n'y apparaît pas toujours avec le caractère simpliste, que nous lui avons donné.

CHAPITRE III

CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION.

La possession se compose de deux éléments : le *corpus* et l'*animus* (1). La détention réclame certainement

(1) Sur la théorie du *corpus* chez les glossateurs et dans l'ancienne jurisprudence, il est bon de corriger l'opinion de Savigny (p. 189 et suiv.), en ce qu'elle a de trop absolu (notamment au point de vue de la confusion entre l'acquisition feinte et l'acquisition symbolique et sur l'affirmation que la possession acquise fictivement est une espèce de la possession feinte), par les travaux suivants : Exner, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, 1867, p. 153-166 ; Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, 1883, p. 129-132 et surtout Biermann, *Traditio Ficta*, 1891, p. 36-290. — V. L'examen critique des trois grandes théories (Glossateurs, Ihering, Savigny), émises sur le *corpus*, dans Saleilles, *Elém. constitut. de la Poss.*, p. 9-99. — Pour M. Vermon (p. 50 et suiv.) le *corpus* est l'élément matériel de la possession qui résulte de l'appréhension de l'objet. Cette règle a persisté jusque dans le droit de Justinien. On y a admis des tempéraments en matière de tradition, en faisant naître le *corpus* dans certains cas sans appréhension. On trouve chez M. Randa une très habile restauration de la théorie de Savigny (*Der Besitz*, 4^e éd., p. 37 à 41 et § 11 et notam., n^o 4 bis, 23 27 et 28). Cette théorie se trouve déjà tout entière dans la 3^e éd., Une seule différence : M. Randa, sur les critiques de M. Strohal, *Succession in den Besitz*, 1885, p. 55, n'exige plus la possibilité d'une action *exclusive* sur la chose, mais se contente du pouvoir d'agir sur la chose *sans entraves à prévoir de la part des tiers*. — A signaler enfin la théorie très personnelle et fortement motivée de M. Hruza dans *Zschr. de Grünhut*, 1897, t. 24, 2 heft, d'après laquelle le mot *corpus* signifierait non pas la relation matérielle plus ou moins idéalisée d'une personne et d'une chose, mais l'activité corporelle de la personne sur la chose. Il désignerait donc non un état de fait,

le *corpus*. Des textes semblent dire qu'elle ne peut exister sans *animus*. C'est ainsi que le dépôt d'un objet dans la main d'une personne endormie ne constitue pas la détention (1). Un autre texte décide que les personnes en puissance ne peuvent acquérir le *corpus* pour leur maître, lorsqu'elles sont atteintes de folie (2). D'autres textes se servent, au contraire, des expressions *naturalis possessio* pour désigner le *corpus* seul indépendamment de l'*animus* (3).

Sans nous prononcer actuellement sur cette question, remarquons seulement que la détention, de l'avis de tous, réclame normalement l'*animus*. La détention ne se sépare donc pas de la possession par l'absence d'*animus*. Il faut chercher ailleurs cet élément différenciateur.

Il est à noter que, pour distinguer les différentes espèces de possessions entre elles, les juristes romains s'attachent toujours à un élément psychique. L'usucapion procède d'une possession de bonne foi ou *cum cogitatione domini* (4). L'action publicienne com-

comme le soutiennent notamment Savigny et Ihering, mais un *actus corporis*. Ainsi notamment, le *corpus* serait l'acte d'appréhension corporelle et non le contact personnel de la personne et de la chose qui résulte de cette appréhension. M. Hruza argumente principalement de ce fait que le mot *corpus* est toujours, selon lui, employé à l'ablatif. Les textes nous parlent d'acquisition de possession *corpore* et non de *traditio corporis*. V. cependant la l. 51, D. *h. t.* où ces dernières expressions sont employées.

(1) L. 1, § 3, D. *h. t.*

(2) L. 1, § 10, D. *h. t.*

(3) L. 1, §§ 3 et 13, D. *h. t.*

(4) L. 21, C. *de furt.*, 6, 2.

pète au possesseur *cum opinione domini* (1). Le possesseur *cum opinione domini* d'un esclave est tenu *noxaliter* à raison des délits commis par celui-ci (2).

Cela rend déjà très vraisemblable l'opinion que les juriconsultes romains se sont attachés à un élément de même nature pour distinguer la possession de la détention. Nous pouvons, dès maintenant, signaler deux textes qui s'attachent à la nature de la volonté du possesseur pour caractériser la possession. Ce sont les lois 37, D. *de pign. act.*, 13, 7 et loi 1, § 20, D. *h. t.*, qui refusent la possession au locataire et au mandataire parce qu'ils n'ont pas l'*animus possidendi*. Des difficultés très sérieuses s'élèvent lorsqu'il s'agit de définir cet *animus possidendi*. Nous allons les voir apparaître en faisant l'historique de la doctrine sur notre question.

(1) L. 13, § 1, D. *de publ. act.*, 6, 2.

(2) L. 22, § 1, D. *de noxal. act.*, 9, 4.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

EMPIRE D'ORIENT.

I. — La distinction de la possession et de la détention, que nous ne découvrons dans la Compilation de Justinien qu'à travers une terminologie confuse et sans critérium de distinction bien apparent, est exprimée en termes formels et avec un caractère distinctif précis, dans une œuvre d'interprétation qui suivit de près la publication des *Institutes* : la *Paraphrase grecque des Institutes* (1). Elle y est reproduite en termes presque identiques à deux reprises différentes.

Dans son commentaire au § 4, Inst., 2, 9 (p. 151, l. 17 et 18), l'auteur inconnu de la Paraphrase, refuse la possession à l'usufruitier parce qu'il ne possède pas. En effet : « Νομή δε ἐστὶ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νημεσθαι. »

(1) E. C. Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, 1884-1897. M. Ferrini se prononce contre l'attribution à Théophile, V. sa préface.

L'usufruitier n'a que le *jus utendi fruendi*. Il ne peut d'ailleurs usucaper pour ce second motif qu'il n'a pas la possession de bonne foi.

A un autre endroit (Inst., 23, 29, p. 318, l. 15 et suiv.), la distinction apparaît en termes encore plus précis : « (διαφορά δὲ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νεμεσθαι αὕτη, οτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν, νεμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατεχειν). »

Malheureusement, dans la matière des interdits, l'auteur de la Paraphrase nous donne une troisième définition de la possession, qui est doublement mauvaise : « Νομὴ μὲν ἐστὶ σωματικοῦ πράγματος κατοχή (1). » D'une part, elle ne tient pas compte de l'opposition qui existe entre les mots νομὴ et κατοχή. D'autre part, elle est incomplète. Elle suppose que la possession exige toujours une *detentio naturalis*. Or dans ce même titre des interdits, l'auteur de la Paraphrase distingue très nettement la *possessio naturalis* qui appartient aux *detentores naturales* et la *possessio civilis* qui subsiste *animo solo* (2).

II. — A quelque temps de là, avant la fin du VI^e siècle ou au VII^e siècle, la distinction de la possession et de la détention est rapportée en d'autres termes dans un index communément désigné sous le nom d'*Anonyme* (3).

(1) P. 474, l. 6.

(2) P. 479, l. 20 et ssq.

(3) Edité pour la première fois par Zachariae en 1847 dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. XIV, p. 134. A cette

« Τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὡσπερ ἡ ἐπὶ οὐσου-καπίου κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχῇ: αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ὑπερδίκτων. αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πηνερατικίας: ἕτεροι γὰρ νέμονται. » L'Anonyme distingue trois espèces de possessions. Les *possessiones legitimae* (ἔννομοι) et *civiles* (πολιτικαί) qui conduisent à l'usucapion. Ce sont les véritables possessions; car à parler exactement, la possession c'est la détention avec ψυχῇ δεσπόζοντος. En second lieu, viennent les *possessiones legitimae tantum* (ἔννομοι μόνον) qui donnent droit aux interdits. Enfin, les *possessiones naturales* (φυσικαί) qui sont des cas de détention pure et simple.

III. — La définition: « Νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχῇ » (1) se retrouve aux Basiliques. Elle est rapportée au titre: *περὶ τῆς προσπορισθείσης ἢ ἀποπεμφθείσης διακατοχῆς* (50,2), placé entre deux titres relatifs aux modes d'acquérir la propriété: le titre 1 qui traite *περὶ τῆς ἐκ διαφόρων τρόπων συνισταμένης κυριότητος διὰ χρονίας νομῆς* et le titre 3 qui traite *περὶ καταχρήσεων καὶ νομῶν*. Dans l'ensemble des Basiliques, la possession est d'ailleurs presque exclusivement rattachée à l'acquisition de propriété. Il est donc permis de conjecturer que la définition des Basiliques se rapporte à la matière de l'usucapion.

époque, pour Zachariae, l'Anonyme est encore Julien, l'auteur de l'*Epitome Novellarum*.

(1) § 61, *Basiliq.*, 50.2.

(2) Zachariae a Lingenthal, *Jus graeco-romanum*, Pars V, *Synopsis basilicorum*, à la lettre Δ n° 26.

IV. — La *Synopsis Basilicorum* ne fait que reproduire textuellement le § 61 des Basiliques.

V. — Dans le Ποιημά νομικον de Michel Attaliata, la possession est encore définie : ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή (1). L'application en est faite à la matière de l'usucapion. Le locataire ne peut pas usucaper, parce qu'il n'a pas cette ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.

VI. — La *Synopsis minor* (2) ne répète pas la définition courante. Mais l'idée même se trouve très nettement exprimée. Il y est rapporté que la possession se diversifie et se qualifie par l'*animus*. A cet égard, la *Synopsis minor* distingue la possession *ex causâ dominii*, qui conduit à la propriété par une possession prolongée, et la possession *ex causâ locationis*, qui ne peut jamais conduire à la propriété. Ce passage de la *Synopsis minor* est d'ailleurs très visiblement inspiré du passage de Michel Attaliata, que nous avons rapporté plus haut.

VII. — La théorie du ψυχῇ δεσπόζοντος a persisté jusqu'à la fin de l'Empire d'Orient, et, vers le milieu du XIV^e siècle, Constantin Harménopule vient nous attester son

(1) Attaliatae synopsis ou MIXAHL ANΘΡΩΠΑΤΟΥ ΚΑΙ ΚΡΙΤΟΥ, ΤΟΥ ΑΤΤΑΛΕΙΑΤΟΥ, ποιημά νομικον etc, dans *Juris græco-romani tam canonici quam civilis tomii duo Johannis Leunilavii*. Francfort, 1596, titre 46, p. 41.

(2) Zachariæ, *Jus græco-rom.*, Pars II, *Synopsis minor*, à la lettre N, ιδ.

existence. Chez lui, le *ψυχὴ δεσπόζοντος* est encore rattaché à l'acquisition de propriété par usucapion. Ce passage d'Harménopule n'est d'ailleurs que la reproduction textuelle du passage de la *Synopsis minor* cité plus haut. Harménopule se contente d'y ajouter cette phrase devenue monnaie courante : « *Νομὴ ἐστὶ ψυχὴ δεσπόζοντος κατοχή* » (1).

VIII. — En résumé, si l'auteur de la Paraphrase paraît bien faire du *ψ. δ.* la caractéristique de la possession proprement dite, par opposition à la détention, l'Anonyme et les jurisconsultes subséquents n'invoquent le *ψ. δ.* qu'au point de vue de l'usucapion.

Remarquons également que l'auteur de la Paraphrase ne confond pas la *ψ. δ. κατοχή* avec la *καλῇ πιστεῖ νομή*. Cette distinction se maintient chez tous les jurisconsultes byzantins. On trouve ces deux espèces de possession étudiées séparément chez les jurisconsultes et dans les compilations officielles ou privées. La *καλῇ πιστεῖ νομή* fait l'objet d'un ou plusieurs articles spéciaux, dans lesquels il n'est jamais question de la *ψ. δ. κατοχή*.

Nous relevons ici ces résultats, ils nous serviront plus tard, lorsqu'il s'agira de déterminer le sens que l'on doit attacher aux expressions *ψ. δ.*

(1) *Const. Harmenopuli Manuale legum sive Hexabiblos...* ed. Heimbach, 1831, BIBL. II, TITL. A', ΠΕΡΙ ΝΟΜΗΣ ΚΑΙ ΔΕΣΠΟΤΕΙΑΣ, 2.

CHAPITRE II

THÉORIE DES GLOSSATEURS.

I. — Les travaux des glossateurs nous font assister à un mouvement d'interprétation tout à fait indépendant et plein de vie. Les glossateurs n'ont aucune connaissance des travaux déjà parus dans l'empire d'Orient. Le grec est d'ailleurs presque totalement inconnu en Occident à cette époque. Le seul champ ouvert à leurs investigations est celui des compilations de Justinien et des Novelles.

Avec la seule ressource des textes, libres de toute doctrine reçue, ils apportent dans ce travail tout l'entrain d'un mouvement scientifique encore jeune, s'il n'est pas nouveau-né (1).

Sans doute, leurs préoccupations, surtout chez les premiers d'entre eux, sont celles de grammairiens. Bien souvent, il faut ne leur demander que le rapprochement de plusieurs textes à l'occasion d'une solution

(1) Selon Fitting, *Summa Trecensis*, 1894, p. VII et VIII, le mérite d'Irnerius serait non pas d'avoir par ces gloses tracé la voie à ses successeurs, mais d'avoir par sa Somme inauguré la méthode dialectique. C'est la conséquence de son attribution de la *Summa Trecensis* à Irnenius. Il n'en est pas moins intéressant de retenir sa conclusion : « Avec lui (Irnerius) commençait en vérité une nouvelle époque pour la science du droit. »

ou des tentatives sommaires de conciliation entre des textes en apparence contradictoires. Quant aux tentatives de synthèse, il importe de distinguer deux sortes de travaux. Les gloses n'en contiennent pas ou peu. Le procédé s'adapte mal, on doit le reconnaître, à un exposé synthétique. Les Sommes procèdent, au contraire, du besoin qu'éprouvaient déjà les glossateurs de rassembler et de coordonner les résultats de leurs travaux. Les Sommes de Placentin et d'Azo nous mènent déjà loin dans la voie de la théorétisation du droit.

Ajoutons que la connaissance de la théorie des glossateurs offre un intérêt particulier pour l'étude de notre question. Le fameux *ψυχή δεσπόζοντος* de la Paraphrase leur est inconnu. Que vont-ils découvrir dans les textes (1) ?

II. — Notons immédiatement que les expressions *animus domini* ne se rencontrent jamais sous la plume des glossateurs pour exprimer la distinction de la possession et de la détention. Ce fait n'a en lui rien d'étonnant : ces expressions sont étrangères aux sources. Tout l'important est de savoir si l'idée elle-même ne se trouve pas dans leurs œuvres.

III. — Le point de départ de tous les glossateurs, c'est

(1) Cet historique de la distinction entre la possession et la détention chez les glossateurs a déjà été esquissé sommairement par Bruns dans *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen, 1848, p. 103 et 106.

que la possession est de sa nature un contact entre deux corps : celui du sujet et celui de l'objet. Il y a possession « *cum corpus corpori incumbit* », nous dit l'auteur de la *Summa Trecensis* (1). L'étymologie du mot *possessio* (l. 1, *pr. D. h. t.*), paraît avoir exercé sur eux une grande influence. Et de fait, il y avait là pour les premiers glossateurs, grammairiens en même temps que juriconsultes, un renseignement de première importance. Posséder, c'est pour eux, s'installer, s'établir, poser le pied sur quelque chose.

IV. — Le contact corporel de la personne et de la chose n'est pas toujours requis pour l'existence de la possession. Les glossateurs font alors intervenir leur distinction entre la possession réelle et la possession feinte. Là où se rencontre le contact corporel, il y a *possessio vera* (2). La possession sans ce contact n'existe pas en réalité. Elle n'a d'existence qu'en vertu d'une fiction juridique, c'est une *possessio interpretativa, artificialis* ou *ficticia*. Chez tous les glossateurs, l'opposition entre

(1) *Summa Trecensis*, C. 7, 32 (ici 23) de Fitting, p. 237.

(2) *Libellus de verbis legalibus*, ch. 54. « *Possessio dicitur quasi positio sedis.* » *Summa Trecensis*, p. 237 : « *Possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet.* » Placentin, *Summa in Cod.*, 7, 32 (ici 35). Ed. Mogunt., 1536, p. 329. « *Possessio appellata est quasi pedum positio vel a sedibus quasi positio.* » Azo, *Summa in Cod.*, 7, 32. Ed. Lugd., 1564, fol. 198, v. au tit. de *poss.*, n° 2. « *Est enim appellata possessio, ut ait Labeo, pedum quasi positio.* » — Non seulement les glossateurs rappellent tous cette étymologie au début de leur commentaire ; mais elle se retrouve plusieurs fois au cours de leurs ouvrages.

ces deux possessions se traduit par une distinction de la *possessio naturalis* et de la *possessio civilis*, l'une supposant ce contact matériel réclamé par la nature des choses, c'est-à-dire par le droit naturel, l'autre n'existant que par la force créatrice du droit positif ou droit civil (1). La seule discussion qui s'élève entre eux porte sur le point de savoir si ces deux possessions sont deux espèces différentes de possession ou si la *possessio civilis* n'est qu'une *possessio naturalis*, existant *jure civili*. Albéricus, Bassien et Hugolinus se prononcent dans le premier sens, Placentin et Azo dans le second (2).

V. — Il y a *possessio civilis* ou feinte, d'après les glossateurs, lorsque la possession est retenue *animo solo* ou n'existe que *corpore alieno* (3). Leur conception étroite de la possession *vera* aurait dû les conduire à décider que, pour acquérir une possession de ce genre, il fallait une appréhension corporelle. Un acte de cette nature

(1) *Glose d'Irnerius*. « *Possessio animi in itinere (leg. jure) consistit et dicitur civilis.* » *Summa Trecensis*, p. 237. « *Possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet : Quod interpretatione juris civilis porrigitur.* » Placentin, *Sum.*, p. 329 : « *verum juris artificio et figmento contra naturalem causam rei que veritatem meram, is dicitur possidere qui non possidet.* »

Aldricus « *quia non est vera possessio sed ficta vel interpretativa* », rapporté par Azo, *Summa*, fol. 199. Azo, *Gl. sur la l. 1*, pr. D. *h. t.* « *Possessio est jus quoddam quo quis rem corporalem vere vel interpretative sibi habet.* »

(2) V. sur la distinction de la *possessio civilis* et de la *possessio naturalis* chez les glossateurs, Bruns, *loc. cit.*, p. 107 à 113.

(3) *Summa*, p. 330.

peut seul mettre l'acquéreur en contact avec la chose. Il en serait résulté que toute acquisition de possession par une tradition sans remise corporelle de l'objet, c'est-à-dire pour parler le langage des postglossateurs et jurisconsultes postérieurs (1), par une tradition feinte, donnerait naissance à une possession feinte. Telle n'a pas été leur manière de voir. Ils se sont écartés sur ce point de leur conception étroite de la *possessio vera* ou *naturalis*. Ils ont admis que cette possession véritable serait acquise sans une appréhension corporelle.

Le langage de Placentin est, à cet égard, d'une précision convaincante (2). Selon lui, il n'y a acquisition de possession *animo solo* que dans trois cas (notamment au cas de vente ou d'échange avec réserve d'usufruit). Dans tous les autres cas, il y a acquisition de possession *corpore* et *animo*. Or, toute acquisition *corpore* donne naissance, d'après lui, à une *possessio naturalis*. Cette acquisition *corpore* peut se réaliser par une remise corporelle ou tradition. Mais elle peut également résulter d'une quasi-tradition. Celle-ci suppose un *actus corporalis* qui ne constitue pas une appréhension corporelle.

Cette *quasi traditio* est ce qu'on appellera du nom de *traditio ficta*. Placentin la désigne dans un cas sous le nom de *traditio per interpretationem* (3).

(1) *Summa*, p. 417.

(2) *Sum.*, p. 330.

(3) *Sum.*, p. 417, au Code, *de donat.*, 8, 53 (34).

Azo n'admet pas qu'il y ait d'acquisition de possession *animo solo* (1). Là, où Placentin voit une acquisition de possession *animo solo*, il découvre un *actus corporis* (notamment au cas de donation ou de vente avec réserve d'usufruit) (2). Il ne parle pas non plus de quasi-tradition ou de tradition *per interpretationem*. Selon lui, l'acquisition de possession a tantôt *plurimum facti* et *parum juris* et tantôt *parum facti* et *plurimum juris*. On se trouve dans le premier cas, si l'acquisition a lieu par une appréhension corporelle ; on se trouve dans le second, si elle a lieu par un *actus corporis* qui ne constitue pas une appréhension corporelle (3). L'idée exprimée est à peu de chose près celle qui servira de base à la théorie de la tradition feinte. Il n'est cependant jamais question de tradition feinte. L'acquisition de possession, *quae plurimum juris habet*, ne donne pas toujours naissance à une *possessio civilis*. La *possessio naturalis* ou réelle a lieu, non seulement lorsque l'acquéreur est en contact matériel avec la chose, mais encore toutes les fois que la chose est *in conspectu* de l'acquéreur (4).

La Glose d'Accurse, en dépit de quelques hésitations, tenant à son caractère d'œuvre de compilation, consacre la théorie d'Azo (5). La gl. *non minus* à la l. 1, § 2,

(1) Azo, *Sum.*, fol. 199, n° 8.

(2) Azo, *Sum.*, fol. 199, n° 9.

(3) Azo, *Sum.*, fol. 199, nos 7 et sq.

(4) Azo, *Sum.*, fol. 199, n° 14.

(5) Gl. *animo ad l. 3*, pr. D. *h. t.* ; Gl. *intervenerit ad l. 1*, C.

D. h. t., paraît même formuler une règle plus générale, lorsqu'elle voit un *actus corporis* dans l'activité d'un sens quelconque. En fait, la glose ne contient jamais d'application de cette règle que relativement à l'appréhension *oculis et affectu*. Elle aboutit donc aux mêmes résultats qu'Azo. La glose affirme en termes plus catégoriques que ne le fait Azo le caractère fictif de tout *actus corporis* qui ne constitue pas une appréhension *corpore et tactu* (1).

En résumé, pour Placentin, l'acquisition de possession par tradition *feinte* ne donne pas naissance à une possession feinte ; pour Azo, que la glose a suivi sur ce point, l'acquisition de possession par un *actus corporis* fictif ne donne naissance à une possession feinte qu'autant qu'elle ne repose pas sur une appréhension *oculis et affectu*.

VI. — Les glossateurs emploient les mots *detinere*, *detentio* dans le sens vague que les jurisconsultes romains donnaient au mot *tenere*. Ils désignent, par là, non seulement le contact corporel d'une personne et d'une chose, mais encore une certaine relation de fait, qui met une chose sous la dépendance d'une personne.

h. t. ; Gl. *ait Labeo ad l. 54*, D. *h. t.* ; Gl. *proprietatem ad l. 9*, § 6, D. *de adq. rer. dom.*, 41, 1 ; Gl. *transfert proprietatem et possessionem* au § 45, Inst., *de rer. div.*, 2, 1 ; Gl. *horrea ad l. 74*, D. *de contrah. empt.*, 48, 1 ; Gl. *traditae ad l. 4*, § 24, D. *h. t.* ; Gl. *instrumentis et Gl. et traditis, ad l. 4*, C. *de don.*, 8, 53 (54).

(1) Gl. *non minus ad l. 18*, § 2, D. *h. t.*, « *interpretative hic intervenit actus corporis* ».

Entendue en ce sens, la détention ne fait pas antithèse à la notion de possession.

Elle peut évidemment se rencontrer sans la possession ; mais toute possession, qui n'est pas une possession feinte, suppose à sa base la détention (1).

VII. — Pris dans une acception plus restreinte, le mot détention désigne une certaine situation qu'on oppose à la possession. Il importe d'ailleurs de bien préciser la terminologie employée par les différents glossateurs pour exprimer la distinction de la possession et de la détention. D'après l'auteur de la *Summa Trecensis*, locataires et commodataires ont la *naturalis detentio*. Ils n'ont également que la *possessio naturalis*. Ces deux locutions ne sont pas synonymes. La détention n'est qu'une espèce de *naturalis possessio*. Celle-ci comprend, en outre, l'acquisition de propriété par voie d'occupation (2). Martinus Gosia et Placentin définissent la détention par les mots *detentio*, *possessio naturalis*, *possessio naturalis tantum* et la possession par les mots *possessio civilis* (3).

(1) « *Libellus de Verbis legalibus* : « *Possessio naturalis sive civilis detentio est.* » Placentin, *Sum.*, p. 332. « *Sed et qui sic detinet, vel domi habet, usucapionis ratione, et civiliter et naturaliter possidet.* » Azo, *Summa*, fol. 198, v. au tit. *de poss.*, q. 1. « *Est autem possessio corporalis detentio.* »

(2) P. 240 : « *naturalis probata est que quandoque dominium praestat, ut in his quae occupatione seu capione nostra fiunt, quandoque naturalem detentionem, ut in rebus locatis seu commodatis.* »

(3) Pour Martinus Gosia, v. Glose anonyme au Code, tit. *de poss.* manuscrit Paris, 1517, éditée par Savigny, *Traité de la poss.*, p. 128. Pour Placentin, v. *Sum.*, notamment, pp. 332 et 333.

Chez Bassien et Azo les mots *possessio naturalis* ne sont pas pris dans le sens de détention. D'après eux, il y a deux espèces de possession : la *possessio civilis* et la *possessio naturalis*. Ils leur opposent la *detentio* (1).

Les mots *possessio civilis* et *possessio naturalis* ont donc un double sens : ils désignent tantôt la distinction de la possession véritable et de la possession feinte, tantôt la distinction de la possession et de la détention ou l'opposition entre deux espèces de possession. Il en résulte une certaine confusion que les glossateurs ont parfois augmentée en tâchant de concilier les deux points de vue. Il est vrai qu'un rapprochement vient naturellement à l'esprit. Celui qui possède *corpore alieno* a la *possessio civilis* aux deux points de vue : il ne possède que par une fiction du droit positif et il a la possession qu'on oppose à la détention ou à la *possessio naturalis*. Celui, par le *corpus* duquel on possède, a la *possessio naturalis* aux deux points de vue : il a la possession *vera* et n'a que la détention ou la *possessio naturalis* spéciale de Bassien et d'Azo. Martinus Gosia nous donne un exemple typique de ce rapprochement (2). Si les glossateurs s'étaient contentés d'une simple comparaison entre les deux distinctions, la chose n'eût présenté aucun inconvénient. Malheureusement, ils se sont parfois laissé entraîner à confondre

(1) Pour Bassien, v. Gl. *ex contrario*, l. 3, § 5, D. h. t., et Gl. *videatur possidere*, l. 42, pr., D. h. t. Pour Azo, v. *Sum.*, fol. 499, v. 9, q. 45 et suiv.

(2) V. Savigny, *loc. cit.*, p. 428.

les deux points de vue dans l'exposé de règles, qui provenaient exclusivement de l'un ou de l'autre (1).

VIII. — La distinction de la possession et de la détention répond dans la pensée des Glossateurs à la distinction entre un fait ou un droit auquel s'attachent certains avantages juridiques propres et un fait dépourvu de ces avantages. Martinus Gosia voit dans la *possessio naturalis* un simple fait et lie l'idée de droit à la *possessio civilis* (2). Placentin reconnaît que la *possessio naturalis tantum* n'est pas, à vrai dire, une véritable possession (3). Seule, la *possessio civilis tantum* ou la *possessio civilis et naturalis* est une possession *fructuosa* et *foecunda* (4). Il ne faudrait pas croire cependant que par là Placentin entende dire que la *possessio naturalis* ne produise aucun effet en droit. Comme il ne reconnaît au créancier gagiste que la *possessio naturalis tantum*, il est, en effet, obligé d'expliquer les mots *ad reliquas omnes causas ... possidet* de la loi 16,

(1) V. par ex. Placentin, *Sum.*, p. 329.

(2) V. Savigny, *loc. cit.*, p. 128. Les mots *juris* et *facti* sont pris dans un double sens. La *possessio civilis* prise dans un sens désigne la possession qui produit des effets en droit, et prise dans son autre sens, elle désigne la possession qui n'existe que par une fiction du droit positif. La *possessio naturalis* est un fait sans avantages juridiques propres et n'existe qu'à raison du fait de la détention.

(3) *Sum.*, p. 332. « Haec quoque profecto naturalis possessio in jure nostro non recte dicitur absolute possessio... » et plus loin « Ut autem quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis (ut reor) esse non potest. »

(4) *Sum.*, p. 329.

D. *de usurp.*, 41,3. Relativement au créancier gagiste, il ne cite que des charges et notamment l'obligation de répondre à l'action en revendication et à l'action *ad exhibendum*. Relativement à l'usufruitier, qui est également un *possessor naturalis tantum*, il signale comme effet de sa possession le droit d'acquérir les fruits (1). L'avantage de la *possessio civilis* dont s'occupe presque exclusivement Placentin est l'usucapion. Il ne cite qu'accidentellement les interdits, mais il y voit un effet propre de la possession (2).

Bassien fait de la possession un véritable droit. Il la définit *jus quoddam rem detinendi sibi* (3). Azo adopte tout d'abord une définition calquée sur celle de Bassien : *possessio est jus quoddam, quo quis corporalem rem vere, vel interpretative, sibi habeat* (4). Plus tard, à la fin de sa vie, nous dit Odofredus (5), il définit la possession de la manière suivante : « *Est autem possessio corporalis detentio corporis et animi, item juris adminiculo concurrente* » (6). Azo se place dans sa seconde définition à un autre point de vue que Bassien. Bassien définit la pos-

1) *Sum.*, p. 333.

2) *Sum.*, p. 332 : « Nam et colono interversori datur interdictum unde vi, quod profecto ei non competeret : nisi vere et proprie consideret. » Les mots « nam et » indiquent qu'il en était de même pour le voleur et l'envahisseur dont il venait de parler.

(3) Azo, *Sum.*, fol. 199, v. n° 22.

(4) *Id.*

(5) *Odofredi Prælectiones in Digestum novum*, Lugduni, 1532, *ad leg.* 1, pr. D. *h. t.* « sicut dominus Azo in ultimis diebus scripsit ».

(6) Azo, *Sum.*, fol. 198, v. au tit. *de poss.*, n° 1.

session le droit qui résulte de la possession acquise. Azo voit, au contraire, dans la possession ce fait de posséder, qui, une fois réalisé, donne naissance au droit dont parle Bassien (1). La possession n'en revêt pas moins dans la théorie d'Azo un certain caractère juridique ; c'est le fait auquel le droit positif prête l'appui de son concours.

A ce droit ou à ce fait consacré par le droit positif, qu'ils appellent du nom de *possessio*, Bassien et Azo opposent le simple fait de la *detentio*. Pour faire la distinction entre les différentes espèces de possession, ils ne se placent pas au point de vue des effets de la possession. Ils divisent la possession en *possessio civilis*, qui appartient au propriétaire, et en *possessio naturalis*, qui appartient aux détenteurs munis d'un droit réel sur la chose : emphytéote, vassal, créancier gagiste et usufruitier. A ces possesseurs, on oppose les simples détenteurs, qui n'ont pas de droit réel sur la chose, comme les locataires et les commodataires. Les possesseurs de bonne et de mauvaise foi ne figurent pas dans cette énumération, il semble bien résulter de la définition de la

(1) Parmi les tentatives de conciliation des postglossateurs, on peut en signaler deux qui se rapprochent de la vérité. *Dinus* : « Joannes (Bassianus) definit possessionem prout in esse producta est, Azo prout in esse producitur. Nam possessio in ipso actu producendi non est jus sed factum et requiritur corpus et animus. » *Jacob de Ravanis* : «... sicut ex contractu, qui est facti, resultat obligatio, quæ est juris, ita ex apprehensione, quæ est facti, resultat possessio, quæ juris est » rapp. par Bartole, *ad leg.*, 1 pr. D. h. t.

possessio naturalis qu'ils sont exclus de celle-ci et doivent avoir la *possessio civilis* (1).

La glose adopte la définition de la possession donnée par Azo et la division en *possessio civilis*, *possessio naturalis* et *detentio* posée par Bassien et Azo (2).

IX. — Il est un trait caractéristique de la théorie des glossateurs, c'est qu'ils ne cherchent aucunement à justifier rationnellement la distinction de la possession et de la détention. Il ne leur répugne aucunement de s'en reposer sur les règles du droit positif. Que la possession soit pour eux un droit ou qu'elle soit un fait reconnu par le droit, la distinction de la possession et de la détention est l'œuvre du droit positif. Celui-ci intervient soit pour élever au rang de possession le simple fait de détention, soit pour faire obstacle à l'existence de la possession (3). Quelle est la véritable raison d'être de l'intervention du droit positif ? Ils ne s'en préoccupent aucunement. On ne trouve guère chez eux que des considérations théoriques qui leur servent moins à justifier la règle du droit positif qu'à classer dans un ordre

(1) Pour Bassien, gl. *ex contrario ad l. 2, § 5, D. h. t.* et gl. *videatur possidere ad l. 12 pr. D. h. t.* Pour Azo, *Summa*, fol. 199, v. nos 15 et ssq.

(2) Gl. *a sedibus ad l. 1 pr. D. h. t.* et gl. *ex contrario ad l. 3, § 5, D. h. t.*

(3) Azo, *Summa*, fol. 199, n° 11. « Item ideo ponitur in definitione de adminiculo juris : quia si adminiculum juris obviet, vel non adsit, non dicetur quis possidere : licet corpore et insistat rei. » V. Gl. *a sedibus*, l. 1, D. h. t.

méthodique les solutions diverses des sources. C'est sous cette forme, que nous verrons apparaître l'*animus possidendi*, comme caractère distinctif des possesseurs par rapport à certains détenteurs.

Examinons séparément les cas de détention « non contractuelle » et les cas de détention « contractuelle ».

Pour les cas de détention « non contractuelle », nous ne trouvons de renseignements que dans Placentin, Azo et la Glose. La possession ne peut avoir lieu au profit des personnes en puissance *propter personam*, d'après Placentin (1), elle ne peut avoir lieu sur les *res extra commercium*, *propter rem* d'après Azo et la Glose (2). En cas de *missio in possessionem ex primo decreto*, elle ne peut avoir lieu *propter causam*, d'après Placentin (3). Il y a dans tous ces cas une règle de droit positif qui fait obstacle à l'existence de la possession. Azo et la Glose le disent expressément pour le cas de détention des *res extra commercium* (4), le seul qu'ils prévoient. Cela résulte pour Placentin du fait qu'il emploie la forme *cessat propter* ... déjà très indicative par elle-même et dont se serviront Azo et la Glose.

Relativement aux cas de détention contractuelle, nous trouvons des témoignages plus nombreux, mais d'inégale importance.

(1) *Sum.*, p. 331.

(2) Azo, *Sum.*, fol. 199, n° 11, Gl. *a sedibus ad l. 1, pr., D. h. t.*

(3) *Sum.*, p. 331.

(4) Azo, *Sum.*, fol. 199, n° 11, Gl. *a sedibus ad l. 1, pr., D. h. t.*

Presque partout nous rencontrons ou une distinction entre le *possidere* et l'*alieno nomine possidere*, ou un refus de possession au locataire, au commodataire, ou autre détenteur, avec cette raison à l'appui : « *alieno nomine possidet* ». Il ne faut pas attacher à ces manières de parler une importance qu'elles n'ont pas dans la pensée de leur auteur. Il ne faudrait pas en conclure que ces auteurs admettent, comme caractéristique de la possession, la volonté de posséder *sibi*, et, comme caractéristique de la détention, la volonté de posséder au nom d'autrui. Sans doute, certains glossateurs sont de cet avis. Mais pour citer tel ou tel glossateur comme partisan de cette opinion, il faut un témoignage précis. La mention de l'*alieno nomine possidere* ne me paraît pas avoir ce caractère. Elle apparaît bien plutôt comme une réminiscence des sources.

Un fait prouve bien qu'il ne faut pas dans notre question accorder une importance décisive à ces expressions. A deux reprises différentes, Placentin semble s'attacher uniquement à l'*alieno nomine possidere* pour refuser la possession (1) et nous verrons, cependant, qu'il n'admet aucunement, que la caractéristique de la possession soit la simple volonté d'avoir la possession pour soi. Cette remarque nous amène à rejeter le témoignage

(1) *Sum.*, p. 331 : « In summa non procedit possessio in omnibus qui possident nomine alieno ut... », p. 332 : « Hi enim possident quorum nomine possidetur si quidem longe aliud est possidere, vel alieno nomine in possessione esse : sicque quod sic habent et non possident. »

du *Libellus de verbis legalibus* (1), de la glose d'Irnerius et des gloses de la compilation d'Accurse où il n'est question que de l'*alieno nomine possidere*.

D'après l'auteur de la *Summa Trecensis*, les locataires et commodataires n'ont pas la possession parce qu'il leur manque la *causa civilis* ou *affectio possidendi*. Il est impossible de déterminer ce qu'il entend par *causa civilis*. Il nous donne, au contraire, la définition suivante de l'*affectio possidendi* : « *animus seu affectio spectatur possidentis ut intelligat, quid possideat et qualiter corpori insistat, ea affectione ut possidere velit.* » L'*affectio possidendi* ne semble être pour lui que la volonté d'avoir la possession pour soi. Il est également mention chez lui de possession *pro suo*.

A la suite de la l. 2, D. *Pro suo*, 41, 10, il désigne, par là, l'acquisition par voie d'occupation (2).

Irnerius (3), Martinus Gosia (4) et Placentin (5) signalent comme élément caractéristique de la *possessio civilis* la volonté de posséder *pro suo*. Nous n'avons aucun élément qui nous permette de préciser la pensée d'Irnerius.

(1) Ch. 54.

(2) *Sum. Trec.*, p. 240 : « In summa est naturalis possessio, est et civilis. Naturalis possessio probata est et improbata est. Idem et in civili naturalis probata est que quandoque dominium praestat, ut in his que occupatione seu captione nostra fiunt, quandoque naturalem detentionem, ut in rebus locatis seu commodatis, nam et in his civilis causa desideratur, id est affectio possidendi. »

(3) Gl. *civiliter* ad l. 1, § 9, D. *de vi*, 43, 16.

(4) V. Savigny, *loc. cit.*, p. 128.

(5) *Sum.*, p. 331 : « Nec enim possidet vel possessor censeri debet qui pro suo non possidet, »

rius et de Martinus Gosia. Nous avons, au contraire, sur Placentin des renseignements assez nombreux, grâce à la Somme qu'il nous a laissée et grâce également à la Somme d'Azo et à la Glose d'Accurse. En fait, sa possession *pro suo* correspond à la possession *cum animo domini*. Sans doute, la définition de la *possessio pro suo* par Ulpien (1), le fait que Placentin à plusieurs reprises semble ne voir comme seul effet de la possession que l'usucapion, son refus de reconnaître la possession au créancier gagiste parce que, n'ayant pas la *possessio pro suo*, il ne peut usucaper (2), tout cela pourrait porter à croire que la *possessio pro suo* n'est autre que la *possessio cum opinione domini*. Une telle conclusion serait erronée. Si l'on consulte le commentaire de Placentin sur les titres du Code relatifs à l'usucapion, on y trouve toujours exigée, à côté de la bonne foi, la volonté de pos-

(1) L. 1, pr. D. *Pro suo*, 41, 10.

(2) *Summa*, p. 328. Il approuve Justinien d'avoir au Code traité la possession entre l'usucapion et les prescriptions. P. 329, opposant la *possessio civilis* ou *ficticia* du bailleur à la *possessio naturalis* du fermier, il dit : « Estque hæc possessio artificialis vel ficticia quæ vocatur civilis formosior et præstantior quam coloni naturalis detentio. Namque possessio ficticia possessio fructuosa et fœcunda et parit *filiam*, id est *usucapionem*, sed coloni possessio videlicet naturalis est, et natura sterilis est et infructuosam germinat prolem. » P. 332, il distingue 3 espèces de possessions : la *possessio naturalis*, qui, nous l'avons vu, n'est pas une véritable possession ; la *possessio civilis tantum*, où il n'y a pas de *corpus* et la *possessio civilis et naturalis* « sed et qui sic detinet, vel domi habet, usucapionis ratione et civiliter et naturaliter possidet ». Ainsi donc, pour la *possessio civilis tantum* (bailleur) et pour la *possessio civilis et naturalis*, qui sont les seules véritables possessions, selon lui, il ne paraît songer qu'à l'usucapion.

séder *pro suo* (1). Il y a là, selon ce glossateur, deux conditions indépendantes. En outre, il n'hésite pas à admettre la possession du voleur et de l'envahisseur (2). La volonté de posséder *pro suo* ne correspond donc pas à l'*opinio domini*. Azo nous renseigne, d'ailleurs, sur le sens exact de ces expressions. Ce glossateur, critiquant la solution de ceux qui refusent la possession au créancier gagiste, nous montre que celui-ci est un véritable possesseur, parce que, s'il possède *pro alieno*, *id est ut alienum*, *non proprium sibi*, il n'en possède pas pour cela *alieno nomine sibi* (3). Et pour bien faire ressortir le sens qu'il attache à ces expressions, il ajoute : *nam et vasallus et fructuarius et similes ut alienum possident et tamen sibi*. Nous pouvons donc conclure de là que Placentin exigeait par ces mots *pro suo* la volonté d'avoir l'objet possédé comme sa propre chose, c'est-à-dire, en

(1) *Summa*, p. 333 : « quia cum pro suo non detineat, non usucapit ».

(2) *Summa*, C. 7, 25, *de usucapione pro emptore vel transactione* ; Placentin exige, pour que l'usucapion se réalise, sept conditions parmi lesquelles, indépendantes l'une de l'autre, la bonne foi et la volonté de posséder *pro suo* ; C. 7, 33, *Communia de usucapionibus* : « Hæc sunt usucapionum communia, ut quis usucapiat : exigitur ut pro suo possideat, opus est quoque bona fide utrobique. »

(3) P. 332 : « Nam et fur et praedo et invasor et naturaliter possidet et civiliter. » « Nam et colono intersorsori datur interdictum unde vi, quod profecto ei non competeret : nisi vere et proprie possideret. » Cette remarque nous prouve que Placentin rattachait aussi la théorie de la possession à celle des interdits. Mais c'est la seule trace de cette idée que nous trouvions dans la *Somme*. L'auteur ne s'est d'ailleurs nullement préoccupé de rechercher dans quel rapport cette *possessio ad interdicta* était vis-à-vis de la *possessio ad usucapionem*.

fait, l'*animus domini*. Ajoutons que l'opinion de Placentin, d'après le témoignage d'Azo, était partagée par un certain nombre de glossateurs (1). Nous ne savons pas si Irnerius et Martinus Gosia étaient du nombre. Ce renseignement nous eût permis de conjecturer avec beaucoup de vraisemblance qu'ils attachaient aux mots *pro suo* la même signification que Placentin. La remarque d'Azo n'en est pas moins intéressante à signaler. Elle permet de croire que, pour refuser la possession au créancier gagiste, d'autres glossateurs portaient de la même idée que Placentin. La théorie de la *possessio pro suo* aurait donc trouvé quelque crédit chez les glossateurs.

Azo, nous venons de le voir, repousse la théorie du *pro suo* (2). Selon lui, la possession se caractérise par le *suo nomine* ou *sibi possidere*, c'est-à-dire par la volonté de posséder pour soi et la détention par l'*alieno nomine tenere* ou volonté de posséder pour autrui. La volonté d'avoir la possession pour soi serait commune à la *possessio civilis* et à la *possessio naturalis*.

Il était indispensable d'exposer d'abord la théorie d'Azo pour pouvoir découvrir ensuite celle de son maître Bassien. Nous ne connaissons normalement les théories de ce glossateur que par ses gloses ou les ex-

(1) Azo, *Summa*, fol. 199, v. n° 14 : « Quidam tamen dicunt creditorem non possidere, quia alieno nomine possidet... Sed certe lex non dicit eum possidere nomine alieno, sed pro alieno, id est ut alienum, non ut proprium sibi, non tamen possident alii. »

(2) Azo, *Sum.*, fol. 199, v. n° 14, « *quidam* »,

traits de ses gloses contenus dans la compilation d'Accurse et par les travaux d'Odofredus. Or Odofredus se désintéresse complètement de la question de l'*animus possidendi* (1). La Glose nous donne des renseignements très succincts et aucunement significatifs par eux-mêmes. Fort heureusement, la Somme d'Azo nous fournit ici un témoignage décisif (2). Nous y voyons que Bassien définissait la possession *jus quoddam rem detinendi sibi* et que son élève Azo n'avait fait que reproduire sa définition. Il est donc permis de croire que sous les expressions *sibi detinendi* Azo n'a fait que reproduire la théorie de son maître. Cette conjecture est d'ailleurs confirmée par un passage de la Glose, d'où il ressort que Bassien reconnaissait la possession au créancier gagiste, parce qu'il détenait *sibi* (3). Enfin la distinction en trois termes *possessio civilis*, *possessio naturalis* et *detentio* avait été professée par Bassien (4). Sur tous ces points, Azo n'a très probablement fait que reproduire la théorie de son maître.

La Glose consacre la théorie de Bassien et d'Azo (5). La théorie du *sibi* ou *suo nomine possidere* de ces derniers ne peut donner lieu à aucune difficulté. La dis-

(1) *Praelectiones in Dig. Novum*, Lugd., 1552, f. ad l. 36, D. de poss., 41, 2.

(2) Azo, *Sum.*, fol. 199, v. n° 22.

(3) Gl. *ex contrario*, l. 3, § 5, D. *h. t.*

(4) Gl. *ex contrario*, l. 3, § 5, D. *h. t.*, et Gl. *videtur possidere*, l. 42, D. *h. t.*

(5) Gl. *a seîtibz*, ad l. 4, pr. D. *h. t.* et Gl. *ex contrario*, ad l. 3, § 5, D. *h. t.*

inction entre les possesseurs et les détenteurs est faite par la loi, la volonté n'est qu'un élément très souple se conformant aux caprices de la loi.

Placentin, au contraire, aurait déjà dû se heurter aux mêmes obstacles que la théorie de l'*animus domini*. Les fameux cas de « possession dérivée » auraient dû faire son tourment. Et de fait, on voit dans Azo que la controverse se présentait pour le créancier gagiste dans les mêmes termes qu'aujourd'hui. Les textes accordent la possession au créancier gagiste et pourtant, comme le dépositaire et le commodataire il ne fait que détenir la chose d'autrui. Cette idée frappe Placentin ; aussi se dérobe-t-il à la difficulté en niant que, dans ce cas, il y ait possession.

Joannes Bassien et Azo prennent un critérium de distinction assez large pour embrasser l'hypothèse du créancier gagiste ; mais, en réalité, chez eux, il n'y a pas une différenciation logique des deux notions de possession et de détention, c'est la loi qui détermine les cas de possession et ceux de détention.

Pour les autres cas de possession dérivée, il n'y a pas trace de controverse. Le dépositaire séquestre ne préoccupe aucunement les glossateurs : il n'en est jamais question. Le précariste a, suivant la volonté des parties, la *possessio civilis* ou la détention chez Placentin (1), la *possessio civilis*, la *possessio naturalis* ou la dé-

(1) *Sum.*, p. 332.

tention chez Azo (1). L'emphytéote et le superficiaire sont, pour Placentin, de simples détenteurs ; Azo leur donne la *possessio naturalis* (2)

X. — En résumé, la détention n'est pas pour les glossateurs une notion juridique, c'est un fait : le seul contact corporel d'une personne et d'une chose. A la détention, les uns opposent la *possessio civilis*, les autres toute espèce de possession. Cette possession que l'on sépare de la détention est un simple fait, qui est devenu institution juridique, grâce à l'intervention du droit positif. Sur les *res extra commercium*, au profit des personnes en puissance ou des envoyés en possession à titre conservatoire, la possession ne peut pas avoir lieu à raison d'un obstacle qui s'oppose à l'action du droit positif. Dans les cas de détention dite contractuelle, le conflit prend déjà naissance entre les glossateurs. Placentin exige la volonté de posséder *pro suo* et, par là, il entend en fait l'*animus domini*. Il est très vraisemblable qu'il n'est pas le seul de son avis. Bassien et Azo se contentent d'exiger du possesseur la volonté d'avoir la possession pour lui. En réalité, tandis que, chez le premier, c'est la volonté qui guide la loi, chez les seconds, la volonté est indifférente, la loi seule fait le classement entre les possesseurs et les détenteurs. La théorie de Placentin devait conduire aux

(1) *Sum.*, fol. 200, n° 33.

(2) *Sum.*, fol. 199, v. n°s 16 et 21, « *emphyteutæ et similes* ».

mêmes difficultés que celle de l'*animus domini*. La controverse toutefois ne s'est engagée qu'à l'égard du créancier gagiste. La Glose d'Accurse consacre sur tous les points la théorie d'Azo.

XI. — L'excursion que nous venons d'achever à travers les œuvres des glossateurs nous suggère quelques remarques qu'il est intéressant de mettre ici en relief. La Paraphrase des Institutes et ses expressions ψυχὴ δεσπίζοντος sont inconnues des glossateurs et nous constatons que ceux-ci ne se servent jamais des expressions *animus domini* pour caractériser la possession. Placentin et très probablement d'autres glossateurs avec lui arrivent cependant par le seul examen des sources à une théorie équivalente à celle de l'*animus domini*. Ce sont les expressions *pro suo* qui paraissent avoir déterminé la conviction de Placentin. Il n'exige pas la volonté de posséder comme un propriétaire (*animus domini*), mais la volonté d'avoir l'objet possédé comme sa propre chose *ut proprium sibi*.

L'examen de la doctrine des glossateurs a donc été comme une expérience que nous avons fait subir aux sources. Le résultat à enregistrer, c'est qu'en dehors de la Paraphrase, il y a, dans les sources romaines elles-mêmes, des traces de cette idée, que la possession se caractérise par la volonté de se comporter comme un propriétaire.

CHAPITRE III

LES POSTGLOSSATEURS.

I. — La connaissance des opinions émises par les postglossateurs n'offre guère d'intérêt pour la question qui nous occupe. Le succès de la compilation d'Accurse a détourné l'attention des sources. La glose fait l'objet principal et presque unique de l'examen des juriscultes. Leurs commentaires permettent de contrôler les conclusions que nous avons tirées d'un commerce direct avec les glossateurs ; ils nous apportent rarement un renseignement utile pour l'étude exégétique des sources. Bien plus, presque tous les efforts des postglossateurs et surtout des derniers Bartolistes se concentrent sur la recherche et la discussion des opinions émises, et dans ce dédale de controverses, où ils sont souvent d'une minutie fatigante, ils perdent de vue les idées maitresses de la matière qu'ils traitent.

II. — Chez certains postglossateurs, comme autrefois chez Bassien et Azo, le mot *possessio* est toujours pris dans un sens rigoureux, exclusif par lui-même de l'idée de détention. Chez d'autres postglossateurs, le mot *possessio* est tantôt pris dans cette acception étroite et

tantôt pris dans une acception large, où il comprend même la détention (1).

Les expressions *possessio civilis* et *possessio naturalis* servent encore à désigner la distinction de la *possessio vera* et de la *possessio ficticia* (2).

Elles servent également, comme nous allons le voir, à désigner les différentes espèces de possession d'après leurs effets.

III. — La distinction de la possession et de la détention revêt généralement (3) chez les postglossateurs la forme d'une opposition entre le droit et un simple fait sans aucune valeur juridique.

Chez tous, la détention se caractérise par l'absence des effets propres à la possession.

Bartole reprend la doctrine de Bassien et fait de la possession le droit de posséder indépendamment de sa réalisation matérielle (4). Cette définition paraît avoir

(1) V. controverse rapportée dans Jasonis Mayni Mediolanensis, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1592, ad l. 1, pr., D. h. t., n° 36.

(2) V. l'exposé de cette distinction chez les Postglossateurs dans Bruns, *loc. cit.*, pp. 253 et 254.

(3) Paul de Castro fait exception. *Pauli Castrensis, In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis, 1594, ad l. 1, pr., D. h. t., n° 6: «... ne differat a licita detentione, quae potest etiam dici jus insistendi rei non prohibita possideri, ut patet suprà de donat. l. Aquilius, unde ille qui habet nudam detentationem non possessionem potest implorare iudicis officium, ut in ea defendatur, vel restituatur, si fuit expulsus et totum hoc est de jure. »

(4) Bartoli a Saxoferrato, *In Primam Digesti Novi Partem Com-*

prévalu chez les Bartolistes. Jason de Mayno nous l'indique comme l'*opinio communis* (1).

Les effets de la possession sont nombreux et variés. Bartole (2) les série graduellement en trois classes correspondant chacune à une espèce de possession : la *possessio civilis*, qui conduit à l'usucapion ; la *possessio corporalis*, qui confère un droit réel et fait acquérir les accessoires naturels de la chose (créancier gagiste, précariste et usufruitier) ; la *possessio naturalis*, qui donne le droit de retenir ou de recouvrer la chose, c'est-à-dire la possession protégée par les interdits *retinendae* et *recuperandae possessionis*.

Cette distinction tripartite de Bartole est rejetée par presque tous ses disciples (3). A leur avis la *possessio corporalis* n'est pas distincte de la *possessio naturalis*. C'est une seule et même possession qui est dite *naturalis* et *corporalis*. On découvre immédiatement à travers leur langage l'influence des glossateurs, qui s'accordent tous, nous l'avons vu, à désigner par *possessio naturalis* la possession corpore.

mentaria, Augustae Taurinorum, 1589, ad l. 1, pr., D. h. t., n° 6. « Possessio est jus insistendi rei non prohibita possideri. »

(1) *Ad l. 1*, pr., D. h. t., n°s 31 et ssq.

(2) *Ad l. 1*, pr., D. h. t., n°s 7 et ssq.

(3) Baldi Ubaldi Perusini J. C. *In Septimum codicis Librum commentaria*, Venetiis, 1599, ad l. 10, n° 1. Pauli Castrensis... *Comm. ad l. 1*, pr., D. h. t., n°s 6 et ssq. Jasonis Mayni Mediol. *Comm. ad l. 1*, pr., D. h. t., n°s 70 et 71. D'ailleurs, Alciat en rapportant cette discussion met en opposition Bartole et ses disciples. V. Alciat, *Opera Omnia in quatuor libros*, Basileæ, 1582, ad l. 1, pr., D. h. t.

IV. Plusieurs Bartolistes disent très nettement que la distinction de la possession et de la détention a été introduite par le droit positif. La possession en elle-même résulte du *jus naturale* ; mais c'est le droit positif *jus civile* ou *jus gentium secundarium* qui attache à la possession tel ou tel effet. Dans tous les cas où le droit positif n'intervient pas pour attacher quelque effet à la possession, il n'y a que détention (1). Lorsqu'il s'agit de *res extra commercium*, les Bartolistes disent expressément qu'une prohibition du droit positif écarte ici la possession (2). Lorsqu'il s'agit de personnes en puissance, ils parlent d'incapacité juridique (3).

L'idée d'exiger un *animus* spécial qui caractériserait tous les possesseurs par opposition aux « détenteurs contractuels » n'apparaît pas chez les postglossateurs. Cette question ne préoccupe déjà plus les jurisconsultes de la fin du XIII^e siècle. A peine, ont-ils gardé le souvenir de la discussion d'Azo sur le cas du créancier gageur. Si nous interrogeons Odofredus, nous voyons que cette controverse y est rapidement mentionnée. Il ne

(1) Bartoli, *Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 14. Pauli Castrensis... Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 16. Jasonis Mayni Mediol.. Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 43.*

(2) Bartoli, *Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 6. Pauli Castrensis... Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 6. Jasonis Mayni Mediol.. Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 35.*

(3) Bartoli, *Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 13. Pauli Castrensis... Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 16. Jasonis Mayni Mediol.. Comm. ad l. 1, pr., D. h. t., n° 13.*

nous indique aucunement en quels termes elle se présentait (1). Toute sa préoccupation est de nous dire que le débiteur gagiste possède à deux points de vue, *ad usucapionem* et *ad satisfactionem eritandam* ; tandis que le créancier gagiste possède pour le reste, *ad reliquas omnes causas* (2). La l. 37 de *pign. act.*, 13, 7, où Paul exprime si nettement la nécessité d'un *animus* spécial pour posséder, ne lui arrache qu'un aveu : c'est qu'il faut la volonté de posséder, pour posséder.

Les Bartolistes ne paraissent pas avoir eu une autre manière de voir. Bartole distingue trois états de la volonté : on peut avoir la volonté de posséder, ou celle de ne pas posséder, ou bien on peut n'avoir ni la volonté de posséder ni celle de ne pas posséder (3). L'emploi que lui-même et ses disciples font des expressions *animus* et *affectio possidendi* et la simple opposition entre le *suo* et l'*alieno nomine possidere* (4), prouvent bien qu'ils ne cherchent pas à pénétrer la nature de la volonté requise pour la possession.

V. En résumé, pour les Postglossateurs, la volonté ne joue qu'un rôle accessoire dans la distinction de la possession et de la détention. La volonté de posséder est indispensable pour l'existence de la possession ;

(1) *Praelectiones in Dig. novum*, Lugd., 1552, ad l. 36, D. de poss.

(2) *Idem* ad l. 1, § 15, et l. 26, D. de poss. ; ad l. 16, de usurp., 44, 3 ; ad l. 37, D. de pign. act., 13, 7.

(3) Ad l. 1, § 2, D. h. t., n° 1.

(4) V. notamment ad l. 3, § 18 ; l. 12 ; l. 18 ; l. 21, § 2, D. h. t.

mais ce n'est pas elle qui la caractérise. Le classement des possesseurs et des détenteurs est fait par le droit positif. Les uns possèdent *suo nomine* parce qu'ils ont la possession ; les autres possèdent *alieno nomine*, parce qu'ils ont simplement la détention.

CHAPITRE IV

DE LA RENAISSANCE A SAVIGNY.

I. Trois noms se lient à la renaissance des études juridiques : Guillaume Budée, Alciat et Zasius. Malheureusement, les *Annotationes in Pandectas* de G. Budée s'arrêtent au livre 24 des Pandectes. Seuls Zasius et Alciat ont abordé la question de la possession.

Les travaux de ces deux jurisconsultes nous arrachent à la littérature fastidieuse des Bartolistes. Il y a déjà chez eux un progrès très sensible. Les réformes ne sont toutefois pas radicales. Ici, comme ailleurs, l'histoire nous a gardé la trace d'une évolution progressive, dont les travaux sur la possession nous permettent d'enregistrer les différentes phases (1).

Avec Zasius et Alciat, la science du droit vient recueillir les fruits des conquêtes réalisées, en dehors d'elle, dans le domaine de la philologie, de la littérature et de l'histoire. La langue est plus pure et le style plus élégant, surtout chez Alciat. Les connaissances littéraires et historiques sont parfois mises à profit.

(1) V. les détails de cette évolution dans Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, t. 1, p. 402 à 424. Cfr. également Darreste, *Essai sur François Hotman*, pp. 48 et suiv.

Enfin et surtout, nous constatons le retour direct à l'étude des sources. Cependant une différence profonde sépare l'œuvre de nos deux jurisconsultes. Tandis que Zasius reste entièrement soumis à la *Mos Italicus* et se contente d'exposer la matière, « avec clarté et concision », sans vouloir abandonner le procédé mécanique des Bartolistes, Alciat s'émancipe complètement de la domination de la dialectique scolastique. Chez lui, la discussion acquiert cette légèreté et cette vivacité d'allures, à laquelle Cujas pourra bien atteindre, sans la dépasser.

Mais Zasius et Alciat suivent servilement l'ordre de la Glose et du Commentaire, qui n'est autre que l'ordre même du Digeste, sans même chercher à saisir la pensée qui a pu guider Tribonien et ses collègues dans la distribution des matières. En outre, et c'est là le point essentiel, leurs travaux restent purement exégétiques. À peine s'élèvent-ils parfois de cet amas de solutions isolées à la conception des principes généraux, jamais ils ne les coordonnent en système.

Il était donné à l'Ecole Française d'opérer sur ces points une réforme décisive. Sans doute, Zasius et Alciat ont déjà déblayé la matière de la possession de cette multiplicité d'opinions, dont les Bartolistes l'avaient encombrée, et ont ainsi facilité le travail de synthèse que va accomplir Duaren. Celui-ci n'en fait pas moins faire à la science un immense progrès. Sa théorie de la possession est uniquement puisée dans les

sources. Bien plus, l'ordre du Digeste et les inscriptions de chaque loi ne sont plus pour lui de simples cadres insignifiants et sans valeur. Le plan du Digeste lui servira parfois à découvrir la pensée des commissaires de Justinien. Dans les coupures éparses du même livre de tel commentaire, il cherchera à découvrir l'idée commune, qui les groupait primitivement. Son étude sur la possession ne sera pas un examen successif des paragraphes et des lois du titre *de adquirendâ vel amittendâ possessione*, il portera principalement sur les livres 34 et 65 du commentaire de Paul à l'Edit. A plusieurs reprises, il s'appuiera sur l'inscription d'un texte pour le rattacher à l'usucapion ou aux interdits. Enfin, et comme pour affirmer dès la première heure la tendance synthétique de la nouvelle Ecole, Duaren fait précéder son étude détaillée des textes d'un commentaire abrégé, qui, par son cadre et sa méthode, rappelle les Sommes des glossateurs. Ces dernières innovations nous donnent le maximum des réformes que le XVI^e siècle accomplira.

II. Cette profonde évolution dans le domaine du droit et, surtout, l'engouement pour toutes les choses de l'antiquité et la substitution de la méthode synthétique à la méthode exégétique prédisposent admirablement les juriconsultes à attacher, au témoignage de Théophile, la même importance qu'à une décision des textes et à recevoir cette théorie de l'*animus domini*, qui est

un essai de systématisation par excellence. C'est, en effet, à cette époque même, où la science se transformait, que l'on commença à connaître et à utiliser les œuvres de l'Empire d'Orient. La Paraphrase des Institutes fut la première connue. Mentionnée dès la fin du XV^e siècle par Ange Politien, elle est éditée pour la première fois par Viglius à Bâle en 1534. A la fin de cette même année, une réimpression en est faite à Paris. Rescius, professeur de langue grecque à Louvain, en donne une nouvelle édition, en 1536, et, vers la fin de la même année, Curtius, professeur à Bruges, en publie une traduction latine (1). Ces éditions successives répandent la Paraphrase dans le monde des jurisconsultes et avec elle la théorie du ψυχῇ δεσπόζοντος va faire son apparition dans la doctrine. Zasius (2) (+ 1535) et Alciat (3) (+ 1550) ne font aucune mention de la Paraphrase dans leurs commentaires sur la possession. Æmylius Ferretus (4) (+ 1552) la connaît. Il s'en sert même dans la matière de la possession, mais le ψυχῇ δεσπόζοντος κατεχεῖν lui échappe complètement. Celui-ci apparaît pour la première fois, à notre connaissance, dans les leçons de Duaren, données après 1549 (5).

(1) V. sur cette question, Stintzing, *loc. cit.*, pp. 221 et suiv., et Reitz, *Prodromus Theoph.*, Excursus IV.

(2) Zasii, in *Pandectas Juris civilis commentarii*, Basil. sept. 1576.

(3) Alciati, *op. omn.*, Francof. 1617, pp. 1188-1263.

(4) Æmylii Ferreti, *Prælectiones* dans *Op. Omn.*, Lugd. 1553, in *titul. de acquir. poss.*

(5) V. Savigny, *loc. cit.*, p. XVIII.

Cujas fait mention du *ψυχὴ δεσπόμενος*, pour la première fois, en 1569 (1). Il l'extrait du manuscrit des Basiliques qu'il avait entre les mains (2).

III. Après avoir ainsi analysé et précisé les influences externes, qui ont agi sur la théorie de la possession, examinons les doctrines elles-mêmes.

Il importe de circonscrire dès le début l'étendue de nos recherches. Les cas de détention non contractuelle ne doivent pas retenir notre attention. Ils ont toujours donné lieu aux mêmes remarques de la part des jurisconsultes. Tous ont admis que l'incapacité des personnes en puissance à posséder et celle des *res extra commercium* à être possédées reposent sur une règle de droit positif. En cas de *missio in possessionem*, l'intervention du droit positif se manifeste soit pour n'accorder que la *custodia rerum*, soit pour mettre la chose *in bonis* (3).

(1) Observ. IX, 33. Il est à remarquer que dans ses *Notæ priores* (1556) in § 4, Inst. *per quas pers.*, il n'est pas question de l'*animus domini*, mais Cujas a complété cette lacune dans ses *Notæ posteriores* (1588).

(2) V. sur le point de savoir comment Cujas avait acquis ce manuscrit des Basiliques, autrefois entre les mains de Viglius, Heimbach, *Basili.*, vol. 6, proleg., pp. 170, 178 et suiv. et Stintzing, *loc. cit.*, p. 226, n° 1.

(3) Duaren, *Op. Omn.*, Lugd. 1584, p. 817; Doneau, *Op. Omn.*, lib. V, cap. VI, § VII. Oroz, *de apicibus juris civilis*, lib. 4, cap. 2, reproduisant la théorie de Friderus Mindanus. Joseph Fernandez de Retes, *ad titul. dig. de poss.*, *Praelectio academica* dans *Novus Thesaurus* de Meermann, t. VII, pars I, cap. III, § 3.

Notre examen ne portera donc désormais que sur les cas de « détention contractuelle ». Il est incontestable que la distinction entre les possesseurs et les détenteurs contractuels est consacrée par le droit positif romain. Mais nous avons à rechercher quelles sont les raisons données par les jurisconsultes à l'appui de cette distinction et nous avons, en particulier, à nous demander quelle est, d'après eux, la volonté spéciale à la possession.

Les différentes opinions qui ont été émises sur cette question ont vu le jour sous l'action prépondérante de certaines influences, qu'il est nécessaire de séparer, si l'on veut se rendre un compte exact de la marche des idées. Nous diviserons cette période qui commence au début du XVI^e siècle et va jusqu'à Savigny en trois époques. Dans la première, nous rapporterons les opinions dans lesquelles l'influence des œuvres de l'empire d'Orient ne se fait pas encore sentir. Dans la seconde, nous grouperons les opinions qui se sont produites sous l'influence du *ψ. δ.* jusqu'à la fin du XVII^e siècle. La troisième époque nous conduira jusqu'à Savigny. Elle doit être séparée de la précédente, parce que l'influence prépondérante n'y appartient plus à la Paraphrase ou aux Basiliques, mais aux travaux de Cujas, Doneau et *Friderus Mindanus*. Suivant les pays, tel ou tel de ces jurisconsultes entraîne la doctrine à sa suite.

SECTION I. — Première époque.

PREMIÈRE MOITIÉ DU XVI^e SIÈCLE.

I. Cette époque a ceci de caractéristique que la doctrine y est encore soustraite à l'influence du $\phi. \delta.$ Cette période s'étend, comme nous l'avons vu, jusque vers le milieu du XVI^e siècle. Elle ne comprend que deux opinions importantes : celle de Zasius et celle d'Alciat.

II. Zasius définit la possession, en complétant la définition d'Azo de la manière suivante : « Azo ait possessionem esse detentionem rei corporalis, concurrente corporis, animi et juris adminiculo. Sola enim corpora vere possidentur, sed oportet concurrere adminiculum corporis et animi, quin etiam dominii, id est, ut saltem cogitatione domini res possideatur » (1). La possession réclame donc, d'après Zasius, la *cogitatio domini* ou la bonne foi. Il lui oppose la *detentatio*. « Cum detentatio sit insistencia rei corporalis, non dominii causa, sed ratione alterius effectus vel juris quod ei debetur... » Selon lui, les détenteurs ont toujours les interdits « si spolientur vel turbentur, interdicta eis dantur, non tamen aliter quam ratione juris quod habent, non ratione rei quæ detinetur ». Il fait application de cette règle aux envoyés en possession *ex primo decreto*, aux déposi-

(1) Loc. cit. *ad tit. de poss.*, D. 41, 2, comm. *ad l. 1, usque ad § adipiscimur.*

taires, aux commodataires, aux locataires et aux usufruitiers (1).

La distinction de la possession et de la détention semble apparaître, au milieu de plusieurs autres distinctions, à un autre endroit de son commentaire, sous la forme d'une opposition entre la possession réelle ou de bonne foi et la possession apparente, qui réclame des *actus possessorii* et donne droit aux interdits (2).

La théorie de Zasius paraît avoir été provoquée par les paragraphes 21 et 22 de la l. 3, D. *h. t.*

III. Alciat (3) se sert, pour exprimer la distinction de la possession et de la détention, de la terminologie employée par Placentin. Toute possession, selon lui, est une *possessio naturalis*.

Pour entrer dans le domaine du droit, elle doit être *jure civili approbata* et devient *possessio civilis*. A cette *possessio civilis*, à laquelle le droit positif attache un certain nombre d'effets, Alciat oppose la *possessio naturalis tantum* ou simple détention. Mais il ne nous indique aucunement quel est le caractère distinctif de la possession et de la détention. Il ne veut même pas s'attarder à examiner si la détention est juridiquement protégée ou non, pour cette raison, encore décisive à son époque, que les *Doctores* ne s'en occupaient pas à cet

(1) *Comm. ad l. 3, § 5, n° 33.*

(2) *Comm. ad l. 3, § 5, n° 5.*

(3) *Loc. cit. comm. ad l. pr. D. h. t.*

endroit. Ce scrupule est d'autant plus regrettable qu'Alciat ne nous a pas laissé de commentaire sur les lois où les Bartolistes étudiaient plus spécialement la détention.

SECTION II. — Deuxième époque.

SECONDE MOITIÉ DU XVI^e SIÈCLE.

Avec les leçons de Duaren sur la possession, parues depuis 1549, commence l'empire du $\psi. \delta.$ sur la doctrine. L'autorité de ce témoignage, accrue du prestige qui, aux époques de renaissance scientifique, s'attache à toute découverte de l'érudition, fut générale et absolue à l'origine. Tous les jurisconsultes du XVI^e siècle appuient scrupuleusement leur opinion sur le témoignage de Théophile, confirmé, chez quelques-uns, par la citation d'autres œuvres de l'empire d'Orient. A cette époque, négliger d'invoquer l'autorité de Théophile, serait s'exposer à être taxé d'ignorance ; vouloir s'y soustraire serait aller à l'encontre des tendances les plus accentuées de son temps ; aussi voit-on poindre chez tous les jurisconsultes le souci de prendre parti sur la traduction du $\psi. \delta.$ Pendant cette période, le classement entre les différents jurisconsultes se fait naturellement. Les uns voient dans le $\psi. \delta.$ la volonté de se comporter comme un propriétaire et en font la caractéristique de la possession par opposition à la détention ; les autres y voient la croyance qu'on est devenu

propriétaire, en font la caractéristique d'une espèce de possession, la possession *ad usucapionem*, et définissent l'*animus* requis pour la possession proprement dite, la simple volonté d'avoir la possession pour soi ou *animus sibi possidendi*. La première opinion est principalement représentée par Duaren et Doneau, la seconde par Cujas, auquel il faut joindre Friderus Mindanus, à raison de la forme originale qu'il donne à sa théorie et de l'influence que celle-ci exercera plus tard dans certains pays.

§ 1. — Premier groupe.

PARTISANS DE L'ANIMUS DOMINI.

I. Duaren traduit le $\phi. \delta.$ de la Paraphrase par les mots *animus dominantis*, *animus domini*, *opinio domini* (1). Pour lui, ces trois termes sont synonymes et désignent la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire : « *Possidet, is qui ita tenet ut se dominum esse contendat* » (2), nous dit-il. C'est cette volonté spéciale, qui sert de caractéristique à la possession. Cette conception de l'*animus* requis pour la possession est assez large pour embrasser les possesseurs de bonne foi et ceux de mauvaise foi, tels que le voleur et le possesseur violent. Quant au créancier gagiste, au dépositaire séquestre et au précariste, Duaren reconnaît sans difficulté qu'ils ont la possession et n'y voit qu'un effet de la volonté des parties contractantes. A cet égard, il

(1) *Loc. cit.*, p. 819.

(2) *Loc. cit.*, p. 1386.

nous donne une règle générale, dont il fait l'application dans ces trois cas : « *cum quaeritur an transferatur possessio in aliquem, plerumque inspici solet quod actum est inter dantem et accipientem* » (1). Dans le gage, les parties ont l'intention de réaliser un transfert de possession « *ut creditor pignore accepto securior fiat* ». Ce motif limite l'étendue de la cession. Pour rendre plus solide la garantie du créancier gagiste, il faut lui concéder la faculté d'exercer les interdits possessoires, puisqu'il ne peut intenter la revendication. Au contraire, la consolidation du gage ne réclame pas la possibilité d'usucaper dans la personne du créancier gagiste ; aussi n'est-il pas probable que les parties aient entendu mettre ce dernier *in causâ usucapiendi*. Telle est la raison pour laquelle le débiteur continue à posséder en vue de l'usucapion. De même, au cas de précaire, il faut examiner ce qui s'est passé entre le concédant et le précariste. Si le précaire a été contracté de telle manière, « *ut is qui accipit moretur in praedio custodiae causâ, vel quid hujusmodi* », le précariste ne possède certainement pas. A-t-il été contracté de telle façon « *ut is possideat quirem precario utendam accepit* » (2), le précariste est possesseur, quoiqu'une certaine possession reste chez le concédant. Duaren se demande alors pourquoi le précariste possède plutôt que le commodataire. Selon lui, cette différence tient à la nature du contrat. Le

(1) *Loc. cit.*, p. 869.

(2) *Loc. cit.*, p. 869.

précaire est ordinairement fait « *ut possint res tamdiu possideri quamdiu dominus voluerit* ».

Enfin, pour savoir si le séquestre possède, il faut rechercher quelle a été la volonté des parties en effectuant le dépôt. Suivant qu'il a eu lieu *custodiae causâ* ou *omit-tendae possessionis causâ*, il y a détention ou possession (1).

Mais que devient l'*animus domini* dans toutes ces hypothèses ? Ce jurisconsulte ne nous le dit aucunement. Il paraît résulter de son langage, qu'ici, la simple volonté d'avoir la possession suffit. Telle sera, d'ailleurs, la conclusion de Savigny lui-même. La seule différence entre eux, c'est que Duaren s'abstient complètement de faire remarquer, qu'il y a ici une dérogation au *critérium*, qu'il a précédemment posé.

II. Bauduin (2) traduit également le ψ . δ . de la Paraphrase par *animus domini* et, à la suite de l'auteur de la Paraphrase, ne le confond pas avec la bonne foi.

III. Connanus (3) (mort en 1551 et dont les *Commentarii juris civilis* ont été publiés pour la première fois, à Paris, en 1553), traduit ψ . δ . par *animus domini*. Ces expressions

(1) *Loc. cit.*, p. 834.

(2) Balduini J. C. *Commentarii in libros quatuor Institut. Juris civilis*, Paris, 1554, ad tit. *per quas personas*... Il existe une édit. de 1546 qu'il ne nous a pas été possible de consulter.

(3) *Connani Francisci... Commentariorum juris civilis tomi duo*. Paris, 1553, lib. III, cap. 8, 9 et 10.

désignent chez lui la volonté d'avoir la chose comme sienne « *ut alieno non ut suo utantur* ». Les textes, qui reconnaissent la possession au précariste et au créancier gagiste, ne sont qu'une contradiction apparente de cette règle. « Qui ergo precario habet, detinere potius quam possidere dicendus est, quia solus usus possessionis penes eum est, jus autem apud eum qui dedit. Sed dicitur possidere, quia possessoris commodo fruitur : qua ratione creditor possidere pignus dicitur » (1).

IV. Antoine Leconte (2) traduit la définition de la Paraphrase dans les termes suivants : « Possessio est corporalis rei detentio concurrente simul animo atque affectione domini, sive dominandi... » La nature de cette volonté y est même précisée d'une manière très énergique ; c'est l'*animus* « pro domino ea re utendi, fruendi, eamque alienandi et omnimodam in eam rem potestatem habendi ». Ce n'est pas la bonne foi, mais la volonté d'agir à l'instar d'un propriétaire, « nec interest quod malæ fidei possessor scit rem alienam esse, quia nihilominus gerit pro domino ». Antoine Leconte tient, d'ailleurs, pour synonymes les expressions *animo domini possidere et suo nomine possidere*.

V. François Hotman (3), au *lib. IX, cap. 1* des *Obser-*

(1) *Loc. cit.*, cap. 10.

(2) Antonii Contii, *Op. Omn.*, Paris, 1616, *Disputat.*, lib. I, cap. 10.

(3) François Hotman publie un premier commentaire sur la pos-

rationes, traduit la définition de la Paraphrase dans les termes suivants : « *detentio rei corporalis, concurrente animo domini, id est, animo eam pro suo possidendi* ». Cet « *animus domini* ou *pro suo possidendi* » se rencontre non seulement chez le possesseur de bonne foi ou *possessor civilis*, mais aussi chez le possesseur de mauvaise foi, qu'il appelle du nom de *possessor corporalis* : « *corporalis possessio dicitur usus rei alienae quae a malae fidei possessore detinetur hoc est, ab eo qui rem alienam sciens pro sua possidet* ». Tel est le cas du *fur*, du *raptor* et de l'*invasor*. Cette possession *pro suo* ne peut être que celle où l'on veut avoir l'objet possédé comme sa propre chose.

session en 1556. On le trouve rapporté dans un opusculé publié cette année-là et comprenant divers petits traités. *Fr. Hotomani Jurisc. Justiniani Imperatoris vita. Observationum in Pandect. capita XX. In L. Frater a fratre commentarius. De gradibus cognat. et affinitatis incestisque nuptus lib. duo*, 1556, f° (sans lieu de publication, non rapporté dans la bibliographie d'Hotman, donnée par Haag, *La France Protestante*, V). Il y admet déjà qu'il faut pour posséder la volonté de se comporter comme propriétaire. Possède, en effet, d'après lui, celui « *qui dominus est, aut certe pro domino se gerit* ». Hotman aborde à nouveau la question de la possession en 1576 d'une manière tout à fait accessoire, dans son *Comm. de usufructu*, à l'occasion de la l. 8, C. *de usufr.*, 3, 33 (inséré dans *Op. Omn.*). Il paraît y confondre l'*animus domini* et la *cogitatio domini* ou bonne foi. Il y distingue, en effet, la *possessio naturalis*, « *quae solo corpore non animo domini tenetur* » et la *possessio civilis*, « *quae animo et cogitatione domini tenetur, id est, ab eo qui se dominum credit* ». Dans le cap. 4, lib. IX, des *Observationes* (paru très probablement après 1576 ; car le livre IV ne parut qu'en 1575 alors que les livres I et II étaient déjà parus depuis 1560 et 1561), l'*animus domini* y désigne la volonté de traiter la chose comme sienne (v. au texte).

VI. Jules van Beyma (1) traduit $\psi. \delta.$ par *animus* ou *affectio domini*. C'est la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire ; car elle se rencontre même chez le possesseur de mauvaise foi, « *qui animo domini licet injuste rem teneat* ». Comme Antoine Leconte et François Hotman, il ne se préoccupe pas de mettre sa règle de l'*animis domini* d'accord avec la reconnaissance de la possession au profit du créancier gagiste, du précariste et du séquestre. Toutefois, il semble n'accorder au créancier gagiste que la *possessio corporalis*, c'est-à-dire, dans sa théorie, la simple détention. « *Ex his sequitur debitorem, qui rem pignori tradit creditori, amittere possessionem corporalem et eam in creditorem transferre.* »

VII. Doneau (2) reprend la théorie de son maître Duaren. La caractéristique de la possession *ad interdicta* et, par suite, le critérium de la distinction de la possession et de la détention est l'*animus domini seu dominantis*.

Mais Doneau s'écarte de Duaren en ce qu'il distingue expressément l'*animus* de l'*opinio domini*. L'*animus domini*, c'est la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire ; l'*opinio domini*, la croyance qu'on est de-

(1) *Julius a Byma Commentaria in varios titulos juris*, Léovard, 1645, *Comm.* ad l. 1, pr., ad l. 3, § *adipiscimur*, ad ll. 36 et 37.

(2) Hugonis Bonelli, *Op. omnia*, Florence, 1840, lib. 5, cap. 6-13 et lib. 15, cap. 23.

venu propriétaire (1). Désormais, partout où les théories de Doneau feront autorité, la confusion ne sera plus faite. Et au XIX^e siècle, grâce à Savigny, la doctrine tout entière fera la distinction dans les mêmes termes. En cas de gage, de précaire ou de séquestre, Doneau voit un transfert conventionnel de possession. A l'exemple de Cujas, il fait dépendre ce transfert, non seulement de la volonté de l'*accipiens* mais tout spécialement de la volonté du *tradens*. Celui-ci doit vouloir ne plus posséder : « *Vult enim transferre possessionem in alium. Nec potest transferre, nisi prius ipse possidere desinat quoniam duo in solidum possidere non possunt* » (2). Le louage, le commodat et le dépôt ne transfèrent pas la possession, parce que le *tradens* ne veut pas céder la possession : « *Si quis rem tradit ex locati, commodati aut depositi causa, is possessionem non amittit, quia non id agit, ut possessionem in conductorem, commodatorium aut depositarium transferat ipse deserat* » (3).

Si Doneau établit très bien l'existence de la possession en cas de gage, de précaire ou de séquestre, il ne paraît aucunement préoccupé du sort de l'*animus domini* dans ces trois cas. Il semble même que la difficulté lui ait échappé. En effet, après nous avoir dit que l'interdit *Uti possidetis* ne compète pas aux envoyés en possession à titre conservatoire et « *similibus omnibus*,

(1) *Loc. cit.*, lib. 5, cap. 6, al. 5.

(2) *Loc. cit.*, lib. 5, cap. 13, al. 8.

(3) *Loc. cit.*, lib. 5, cap. 13, al. 9.

qui non possident, id est qui affectu dominantis non tenent», il se hâte d'ajouter que les textes font deux exceptions : l'une pour l'usufruitier, « *quem constat non possidere* » et l'autre pour le superficiaire, qui, en vertu de la règle *superficies solo cedit*, « *nec affectu domini rem tenere, ac proinde nec possidere posse intelligitur* » (1). Sans doute, on peut facilement se rendre compte, que Doneau fait ici une confusion entre les interdits possessoires directs et les interdits possessoires utiles, il n'en ressort pas moins, de la manière dont il présente l'exception de l'usufruitier et du superficiaire, qu'un doute ne lui venait même pas à l'esprit sur l'existence de l'*animus domini* chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre.

§ 2. — Deuxième groupe.

PARTISANS DE L'*ANIMUS SIBI HABENDI* OU *SIBI POSSIDENDI*.

I. Cujas (2) rend le ψ . δ . par *animus*, *opinio* ou *cogitatio domini*, désigne sous ces expressions la croyance qu'on est propriétaire et fait du ψ . δ . la caractéristique de la possession de bonne foi ou *ad usucapionem*. A cet égard, il nous présente une division de la possession en trois termes (3) : la *possessio civilis* ou *ad usucapionem* caractérisée par l'*animus*, l'*opinio* ou la *cogitatio domini*; la *possessio naturalis*, protégée par les interdits posses-

(1) *Loc. cit.*, lib. 15, cap. 23, al. 3, 4 et 5.

(2) *Op. omn.*, *Observ.*, IX, 23, 33 ; XVIII, 24 ; *Paratit. in Cod.* VII, 32.

(3) V. notamment *Observ.*, IX, 33 et *Paratit. in Cod.* VII, 32.

soires et caractérisée par l'*animus sibi habendi* ; enfin, la simple détention ou *esse in possessione*, caractérisée par l'*animus alieno nomine tenendi*. Le critérium de la distinction entre la possession et la détention est donc l'*animus sibi habendi*. Cet *animus sibi habendi* apparaît chez Cujas, non pas comme l'indication du motif, pour lequel la possession existe au profit de telle ou telle personne, mais, bien plutôt, comme un cadre, qui lui permet de ranger dans une même catégorie les possesseurs désignés au préalable par le droit positif. Un fait le prouve bien. Lorsque Cujas examine l'acquisition de *possessio naturalis* au profit du créancier gagiste, du sequestre et du précariste, il s'attache uniquement à la volonté du *tradens* et non à celle de l'*accipiens*. Le créancier gagiste a la possession « *quia scilicet eo animo debitor eam rem dedit creditori ut ipse possessionem dimitteret et eam in creditorem transferret* » (1). Le dépositaire sequestre a la possession, « *si partes ei possessionem dimiserint, id est, si rem apud cum sequestro deposuerint non custodiæ causa sed dimittendæ possessionis causa* » (2). Le précariste a la possession, lorsqu'il a sollicité « *ut sibi possidere liceat* ». Celui-ci doit abandonner la possession, afin que le précariste soit seul possesseur « *et quidem solus, secundum sententiam Labeonis, quæ verior est* » (3).

Sous l'influence de la loi 12, pr., D. *h. t.* et de ce pas-

(1) *Paratit. in Cod.* VII, 31.

(2) *Eod. loc.*

(3) *Observ.*, IX, 32.

sage du *pro Cæcina* de Cicéron : « *Cæsenniam, inquit, propter usumfructum possidere non negat* », il range l'usufruitier parmi les *possessores naturales*. Des jurisconsultes postérieurs le lui reprocheront. Il faut reconnaître que Cujas n'a guère fait qu'emprunter le cadre de la *possessio naturalis* pour parler de l'usufruitier. A deux endroits différents de ses œuvres (1), il a soin de préciser que l'usufruitier a seulement la *juris possessio* « *et quasi possidet igitur potius quam possidet* », « *est tantummodo in naturali possessione* ».

II. Barnabé Brisson (2) semble se rapprocher de Cujas, quoique son langage ne soit pas d'une précision décisive. Il traduit le *ψυχῇ δεσπόζοντος κατεχέειν* : *opione domini tenere*. A la *possessio naturalis*, qu'il appelle aussi *possessio corporalis*, il oppose la *possessio civilis*, « *quæ in jure consistit... quæ animo, opinione et adfectione domini tenetur* ». Faisant l'application de sa définition à l'usucapion, il constate que le créancier gagiste et le précariste ne possèdent pas « *quia non pro suo sed pro alieno tenent* ».

III. En 1597, la théorie de Cujas fut reprise dans une forme très modifiée par le jurisconsulte Italien, Friderus Mindanus (3). Pour ce dernier, comme pour Cujas, le *ψ. δ.* caractérise non pas la possession, par opposi-

(1) *Paratit. in Cod.* VII, 32 ; *Observ.*, IX, 33.

(2) *De Verborum Significatione*, aux mots *possessio* et *possidere*.

(3) *Comm. synopt. de materia possessionis*. Francof. 1597, cap. 1 et 2.

tion à la détention, mais une espèce de possession, la possession de bonne foi ou *ad usucapionem* : la possession proprement dite ou *ad interdicta* se caractérise par l'*animus sibi suoque nomine possidendi*.

Malgré cet accord sur le fond des idées, la théorie de Fr. Mindanus se présente sous une forme spéciale. Sa théorie se fait tout d'abord remarquer par le soin qu'il prend de donner une définition très large de la possession, qui comprenne même la détention. Il reprend la définition de la possession, donnée par l'auteur de la Paraphrase au titre des interdits, et la traduit *rei corporalis detentio*.

Cette possession générique se divise en *possessio civilis* et en *possessio naturalis*. La *possessio civilis* « est rei corporalis detentio quâ quis non tam corpori, quam juri ipsi incumbit cum animo et affectione domini vel non domini, suo tamen nomine, sibi que rem habendo ». La *possessio naturalis* « est rei corporalis detentio, quâ quis non tam juri quam corpori ejusve usui insistit et incumbit cum animo sibi et suo nomine vel alteri et alterius nomine possidendi » (1).

Fr. Mindanus s'efforce donc de concilier dans une même définition la distinction de la possession *suo nomine* et de la possession *alieno nomine* et la distinction de la possession *corpore* ou *naturalis* et de la possession *animo solo* ou *civilis*. Les possesseurs avec *animus*

(1) Cap. 1, nos 17 et ssq.

sibi ou *suo nomine possidendi* possèdent *civiliter tantum*, lorsqu'ils possèdent *corpore alieno*. Ils ont la possession *civilis et naturalis*, lorsqu'ils possèdent *corpore suo et animo suo*. Ceux qui possèdent *corpore suo*, mais *animo alieno*, n'ont que la *possessio naturalis tantum* ou *nuda detentio*.

La possession proprement dite, qu'elle soit *civilis tantum* ou *civilis et naturalis*, donne droit aux interdits. La *possessio naturalis tantum* ou *nuda detentio* ne donne pas ce droit. Pour jouir de la protection des interdits, il faut donc posséder *sibi* ou *suo nomine*. Possèdent à ce titre tous ceux qui ont l'*animus* ou l'*affectio domini*, c'est-à-dire les possesseurs de bonne foi et ceux qui ont seulement l'*animus sibi* ou *suo nomine possidendi*, c'est-à-dire l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, le créancier gagiste, le dépositaire sequestre et le précariste suivant les distinctions ordinaires, l'époux donataire et le possesseur violent ou clandestin (1).

SECTION III. — Troisième époque.

DU XVII^e SIÈCLE A SAVIGNY.

En faisant l'historique de la doctrine pendant la seconde moitié du XVI^e siècle, nous avons rencontré deux courants bien distincts : celui de l'*animus domini* et celui de l'*animus sibi habendi*. A la fin du XVI^e siècle, ces

(1) Cap. 2, n^{os} 2 et sqq.

deux théories s'incarnent dans deux personnalités : celle de l'*animus domini* dans Doneau, dont le commentaire fera oublier le travail, déjà si bien conçu, de son maître Duaren ; celle de l'*animus sibi habendi* dans Cujas, à côté duquel il faut mettre au second plan Friederus Mindanus, à raison de l'influence, que sa théorie paraît avoir exercée dans certaines contrées. Nous avons pu constater que ces deux courants s'alimentent à des sources différentes. La théorie de l'*animus domini* est directement engendrée par le ψ . δ . des œuvres de l'Empire d'Orient et n'apparaît qu'à l'époque où ces œuvres commencent à être connues et utilisées en Occident. La théorie de l'*animus sibi habendi* est issue de l'opposition entre le *suo* et l'*alieno nomine possidere*. Elle se trouve déjà chez les Glossateurs. Le ψ . δ . est un obstacle qu'elle écarte facilement, en le reléguant dans la *possessio ad usucapionem*.

La célébrité qui vient entourer les noms de Cujas et de Doneau et l'immense autorité de leurs théories ont pour résultat de rendre les théories de l'*animus domini* et de l'*animus sibi habendi*, dans une grande mesure, indépendantes de la source qui leur a donné naissance, et leur sort devient, en grande partie, celui des théories de Cujas et de Doneau.

C'est ainsi que la théorie de Cujas, admise dans des termes identiquement pareils par Henri Zoes (+ 1627), passe tout entière dans les Pays-Bas et semble y avoir régné d'une manière absolue, puisque nous la retrou-

vons, sans l'apparence d'une controverse, au XVII^e siècle chez Vinnius, Perez et Noodt, et, au XVIII^e, chez Jean Voët. La France a suivi fidèlement les traces de son illustre maître. La théorie de Cujas se retrouve, dans tout ce qu'elle a d'essentiel, chez Davy Dargenté au XVII^e siècle, et, dans toute son intégrité, chez Pothier au XVIII^e.

La théorie de Doneau, moins favorisée que celle de Cujas, n'eut qu'une autorité éphémère. Admise dans sa forme première, en Allemagne, par Treutler au début du XVII^e siècle, elle est abandonnée avant la fin de ce même siècle par Lauterbach. En Espagne, elle fut la théorie dominante jusque vers le milieu du XVII^e siècle. A partir de cette époque, elle fut, sauf la tentative de Ramos del Manzano (+ 1683), délaissée pour la théorie de l'*animus sibi habendi*. Toutefois, lorsque dans ces deux pays, la doctrine abandonne l'*animus domini*, elle garde cependant certaines traces de la domination de Doneau. C'est ainsi que les jurisconsultes allemands et espagnols ne confondront jamais *animus* et *opinio domini*, tandis que les jurisconsultes des Pays-Bas et Davy Dargenté en France tiennent *animus* et *opinio domini* pour synonymes en y voyant la croyance qu'on est propriétaire.

L'Italie paraît avoir eu un mouvement plus indépendant. La théorie de Friderus Mindanus est encore admise, avec quelques-unes de ses particularités, par Galvanus en 1650. Toutefois les *Controversiae juris de*

Merenda, publiées par fragments depuis 1625, contiennent une tentative originale. La théorie de Friderus Mindanus passe en Espagne vers le milieu du XVII^e siècle, grâce à la reproduction servile qu'en a faite Oroz. Elle a ainsi contribué à battre en brèche la théorie de Doneau.

Après avoir indiqué les influences qui ont agi sur la doctrine, examinons les théories en elles-mêmes. Nous les rangerons en deux catégories suivant qu'elles font de l'*animus domini* ou de l'*animus sibi habendi* le critérium de la distinction entre la possession et la détention.

§ 1. — Premier groupe.

PARTISANS DE L'ANIMUS DOMINI.

I. Antoine Favre (1) traduit le ψυχῇ δεσπόζοντος κατεχειν de la Paraphrase par *sibi et animo domini habere*. Malheureusement, ce jurisconsulte ne nous indique pas le sens qu'il attache à ces expressions *sibi* et *animo domini* et de ce chef sa théorie garde une certaine incision.

Il semble bien cependant qu'il emploie indifféremment ces deux termes, et que, par conséquent, il leur attache la même portée (2). Antoine Favre ne paraît

(1) *Rationalia in Pandectas, comm. ad l. 9, D. de rei vind.*, 6, 1; *ad l. 13, D. de pign. act.*, 13, 7; *ad l. 35, § 1 et sq. D. h. t.*

(2) *Rational. in Pand.*, *comm. ad l. 9, D. de rei vind.*, 6, 1, aux mots *Quia hi omnes non possident*: « *Possessio duplex est: naturalis est civilis, naturalis quam quis sibi quidem habet sed injuste, qualis ea est quam habet fur et praedo, civilis vero quae et animo domini*

pas s'être rendu compte des difficultés que fait naître la théorie de l'*animus domini*. Il admet la possession du créancier gagiste et se contente de dire qu'il possède *suo nomine et ad suam utilitatem*.

II. Jérôme Treutler (1) ne fait que reproduire très sommairement la théorie de Doneau. Comme il n'indique aucunement les cas d'application de la possession, nous ne savons pas ce que devient l'*animus domini* en cas de gage, de précaire et de séquestre.

III. La théorie de Ramos del Manzano (2) est une tentative de réhabilitation de l'*animus domini*. Ce juriconsulte s'efforce de découvrir un certain *animus domini* chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre. Il définit la possession : « *detentio cum animo dominantis, vel si aliter Theophili graeca verba exprimas, detentio cum affectu domini* » (3). Des termes, dans lesquels il présente sa définition, et de l'ensemble de son travail, il n'apparaît pas que Ramos del Manzano mette l'*ani-*

habetur et juste. » Entend-il établir une antithèse entre *sibi* et *animo domini*, ou bien les deux termes sont-ils, pour lui, synonymes ? Les différents commentaires de Favre sur la possession ne nous donnent aucun éclaircissement à cet égard.

(1) « *Selectarum Disputationum ad jus civile volumen posterius* Mapurg, 1606, vol. 8, *Disp.* 21, *thesis* 1.

(2) « *Ad titulum Digesti de adq. vel amitt. Poss. Recitationes Novantiquae*, dans le *Thesaurus juris civilis et canonici* de Meermann, t. 7, p. 78-115.

(3) *Loc. cit.*, pars I, § XIV.

mus domini en antithèse avec l'*animus dominantis*. Cet *animus domini* ou *dominantis* est la volonté d'être, d'agir et de se comporter en maître, au regard de la possession, « esse, agere et gerere pro domino circa possessionem ». La volonté du possesseur doit être telle « ut velit tanquam dominus possessionis eam sibi tenere et ei dominari tanquam suae » (1). Lorsqu'il examine la situation du créancier gagiste et du précariste, il distingue l'*animus dominantis* de l'*opinio domini* et de l'*affectio dominandi*, et, par cette dernière expression, il semble désigner la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire. Le créancier gagiste et le précariste possèdent avec « animus dominantis, quamvis circa rem ipsam neque opinione domini sint, quia sciunt alienam, neque affectione dominandi, quia furtum committerint ». Chez ces possesseurs, l'*animus* requis consiste à vouloir « possessionem sibi habere et ei dominari tanquam suae » (2). C'est donc la volonté de se comporter en maître au regard de la possession, c'est-à-dire, en fait, et sous une forme déguisée l'*animus sibi possidendi*.

§ 2. — Deuxième groupe.

PARTISANS DE L'ANIMUS SIBI POSSIDENDI OU SIBI HABENDI.

I. Les partisans de cette théorie peuvent se ranger en trois groupes distincts. Les uns, soit à raison de la

(1) *Loc. cit.*, pars I, § XV.

(2) *Loc. cit.*, pars I, § XVI.

brèveté de leur exposé, soit parce que la question ne les préoccupe pas, se contentent d'énumérer les possesseurs qui ont l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi*, sans voir dans l'*animus* autre chose qu'un moyen facile pour classer par catégories les possesseurs reconnus tels par les textes. D'autres s'efforcent déjà de donner des raisons pour l'existence de la possession dans tel ou tel cas, sans chercher à dégager de ces différentes applications de la possession une notion de la possession abstraite et commune, qui donne ainsi à l'*animus possidendi* une signification plus précise qu'en le définissant la volonté d'avoir la possession pour soi. Ce dernier travail n'a été tenté dans notre ancienne jurisprudence que par de rares auteurs.

II. 1^o *Auteurs qui se contentent d'énumérer sous le chef de l'animus sibi habendi ou sibi possidendi les possesseurs déclarés tels par les textes, sans chercher à préciser la notion de l'animus possidendi et à donner la raison d'être de la distinction de la possession et de la détention.*

Ces auteurs reprennent, tous, la division tripartite de Cujas en *possessio civilis*, *possessio naturalis* et *esse in possessione*. La première se caractérise par l'*animus* ou *opinio domini* ; la seconde, par l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* ; la troisième, par l'*animus alieno nomine possidendi*. Nous avons donc ainsi trois cadres, distingués l'un de l'autre par un *animus* propre. Il ne s'agit plus que de ranger dans le premier tous les possesseurs

ad usucapionem ; dans le second, tous ceux qui sans avoir l'*animus* ou *opinio domini* sont déclarés possesseurs par les textes, dans le troisième, tous les autres détenteurs.

Tel est à la lettre le procédé suivi par Henri Zoes (1), Vinnius (2), Percz (3), Gérard Noodt (4), Jean Voët (5), Davy Dargenté (6) et Pothier (7).

Henri Zoes, Vinnius, Perez et Voët confondent encore *animus* et *opinio domini* et attribuent la *possessio naturalis* à l'usufruitier au même titre qu'au créancier gagiste, et au précariste, sans même laisser soupçonner par leur langage, comme le fait Cujas, qu'il y a *juris possessio* et non *rei possessio*.

Davy Dargenté reprend la théorie de Cujas, mais il jette une certaine confusion dans la question, en s'efforçant de combiner, comme l'a fait Friderus Mindanus,

(1) *Commentarius ad Digest. seu Pandect. juris civilis libros L*, Bruxelles, 1718, p. 684-689.

(2) *Selectarum Juris quæstionum Libri duo*, Lugd., 1748, lib. 2, cap. 36.

(3) *Prælectiones in duodecim Libros Codicis Justiniani imp.*, Amstelaed., 1661, p. 610-616.

(4) *Op. omn.*, Lugd. Batavorum, 1767, *Comm. ad lib. 5, tit. 3, de hered. petit.*, p. 138.

(5) *Commentarius ad Pandectas*, t. II, *Coloniæ Allobrogum*, 1778, ad lib. 41, tit. 2, p. 617-622. On peut déjà relever chez Jean Voët, une tentative très timide d'expliquer la possession du créancier gagiste, du précariste et du sequestre par la volonté d'avoir la chose dans son intérêt, V. p. 618.

(6) *Notarum Juris selectarum Liber Juliomagi Andium*, 1534, f. 5 et ssq.

(7) *Pandectæ Justinianæ*, t. III, Lugd., 1782, p. 121 et ssq.

les deux aspects que la distinction de la *possessio civilis* et de la *possessio naturalis* revêt, chez presque tous nos anciens auteurs.

Pothier ne confond plus l'*animus* et l'*opinio domini* et ne reconnaît pas la *possessio naturalis* à l'usufruitier.

III. 2° Auteurs qui, dans plusieurs cas, s'efforcent de justifier la distinction de la possession et de la détention, sans aller jusqu'à donner de l'*animus sibi possidendi* une notion abstraite et générale.

Ces auteurs ne se séparent donc des précédents, que par ce fait qu'ils tentent de nous donner dans tel ou tel cas la raison d'être soit de la possession, soit de la détention.

De ce nombre sont Melchior de Valentia, Oroz, Joseph Fernandez de Retes et Galvanus.

a) Melchior de Valentia (1) constate que la théorie de Doneau est en vogue parmi les jurisconsultes espagnols de son temps. Après avoir réfuté cette théorie, il définit la possession : « *detentio rei corporalis cum animo sibi habendi conjuncta* ». Cette possession se subdivise en *possessio civilis* ou *justa*, qui comprend tous les possesseurs *cum opinione domini*, le créancier gagiste, le précariste et le séquestre, et en *possessio naturalis* ou *injusta*, telle que celle de l'époux donataire et du possesseur violent et clandestin. Ce jurisconsulte fait par-

(1) *Illustres Juris Tractatus, Coloniae Allobrogum*, 1730, lib. I, tract. II, cap. II et ssq.

faitement ressortir les textes qui parlent d'une cession de possession au profit du créancier gagiste et du précariste. L'anomalie ne réside pas, selon lui, dans la possession de ces derniers, mais dans le fait que la possession du débiteur gagiste et celle du concédant continuent. En outre, sa grande préoccupation est de concilier l'existence d'une double possession au profit du propriétaire d'une part, et du créancier gagiste ou du précariste d'autre part, avec la règle : *Duo in solidum possidere nequeunt*. Dans le gage, le propriétaire continue à usucaper, mais, en réalité, il n'a pas une véritable possession : « *Debitor itaque, ut supra dictum est, rem pignori traditam non possedisset, sed ex aequitate contra juris rationem intelligitur vel fingitur possidere* » (1). En cas de précaire, le concédant conserve la possession ; car la révocation suppose non pas la reprise d'une possession qu'on a abandonnée, mais la reprise de l'exercice d'une possession qu'on a conservée.

b) Oroz (2) reprend presque textuellement sur la plupart des points la théorie de Friderus Mindanus. Comme lui, il définit la possession *ad interdicta*, qu'il oppose à la détention : « *detentio rei corporalis cum animo sibi possidendi vel sibi habendi conjuncta* ». L'énumération des possesseurs est la même. Selon lui, les créanciers gagistes et les précaristes possèdent *juri pignoris*

(1) *Loc. cit.*, lib. I, tract. II, cap. XI.

(2) *De Apicibus Juris civilis*, Ludg., 1664, lib. IV, cap. II et III.

et *juri precarii*. De même, l'usufruitier de la possession ; car, s'il n'a pas le *jus dominii*, il a le *jus ususfructus*.

c) *Joseph Fernandez de Retes* (1), à l'exemple de *Friderus Mindanus*, des trois définitions de la possession données par la Paraphrase, préfère celle du titre des interdits « *Νόμῳ ἐστὶ σωματικοῦ προχρηματος κατοχή* » (2). Toutefois, il va plus loin que le juriconsulte italien, et applique cette définition non pas à la possession *in genere*, dans laquelle rentre même la détention, mais à la possession proprement dite, qu'on oppose à la détention (3). En effet, il prétend trouver dans le mot *κατοχή*, non seulement l'*affectio tenendi*, comme le fait *Friderus Mindanus*, mais même l'*animus sibi habendi*. Il traduit la définition de la Paraphrase : « *detentio rei cum animo sibi habendi* ». Il s'efforce, en outre, d'attacher au mot *habere* une signification propre qui ne conviendrait pas à la détention. Ainsi le mot *habere* exclurait par lui-même de la définition de la possession la détention des *res extra commercium* « *sibi autem rem habere non potest, nisi talis sit, quæ ipsi ad usus utiles pecuniarosque proficiat, ad quod tendit possessio* » (4). Malgré son enthousiasme pour le mot *habere*, il est cependant obligé de reconnaître qu'il convient même à la détention. Ses

(1) *Ad titul. Dig., de adq. vel amitt. poss. prælectio academica*, dans le *Novus Thesaurus* de Meermann, t. VII, p. 453 à 540.

(2) *Loc. cit.*, pars I, cap. I, §§ XV et ssq.

(3) *Loc. cit.*, pars I, cap. I, § XVII.

(4) *Loc. cit.*, pars I, cap. III, § III.

adversaires lui opposaient, en effet, trois textes (l. 2, § 38, D. *ne quid in loco publ.*, 43, 8 ; l. 1, § 33, D. *de vi et de vi arm.*, 43, 16 ; l. 38, § 9, D. *de verb. oblig.*, 45, 1) où le mot *habere* s'applique à la simple détention (1). J. F. de Retes tente déjà de justifier dans certains cas l'existence de la possession. Le gage, à son avis, réclame le transfert de possession, parce qu'il ne peut profiter au créancier gagiste, qu'autant qu'il lui donne la faculté de conserver et de recouvrer la possession (2). Le précaire a la possession, lorsqu'il a demandé *ut sibi possidere liceat*. Le caractère temporaire et révocable du précaire n'empêche pas l'existence de la possession. Un *animus sibi habendi* actuel est suffisant (3). L'usufruitier est seulement *possessor juris* (4). Au contraire, l'emphytéote et le superficiaire et le vassal sont des *possesores rei*. Cette différence s'explique par ce fait qu'ils ont un « *jus perpetuum in re, quod utile vel bonitarium dominium appellatur* » (5).

d) Galvanus (6), à l'exemple de Friderus Mindanus, s'attarde à nous donner une définition de la possession, envisagée *in genere*, qui comprenne la détention. A ce propos, il examine avec force détails si l'*animus domini* est de l'essence de la possession. Il démontre, sans

(1) *Loc. cit.*, pars I, cap. I, § XVIII.

(2) *Loc. cit.*, pars I, cap. IV, §§ VIII et ssq.

(3) *Loc. cit.*, pars I, cap. IV, §§ VI et VII.

(4) *Loc. cit.*, pars I, cap. IV, §§ IX à XIII.

(5) *Loc. cit.*, pars I, cap. IV, §§ VI et XI.

(6) *Dissertationes variae de usufructu*, Genevae, 1676, cap. 33.

peine, qu'un tel *animus* n'est requis que pour une espèce de possession. La possession générique se divise selon lui en quatre espèces :

1° La détention simple (*detinere, tenere, esse in possessione, alterius nomine possidere*) telle que celle du fermier, du dépositaire et du commodataire.

2° La détention *sibi* qui est celle des *bonorum possesores*, des envoyés en possession *ex secundo decreto domini infecti causâ* lorsque le fonds est insusceptible de propriété privée parce qu'il est *ager vectigalis* ou pour une autre raison, de ceux à qui compète la *praescriptio longi temporis* parce que la chose de sa nature ne comporte pas l'usucapion, des emphytéotes, des créanciers gagistes, des précaristes lorsqu'ils ont demandé *ut sibi possidere liceant*, des dépositaires séquestres lorsque le dépôt a eu lieu *omittendae possessionis causâ*, des superficiaires.

3° La détention *sibi cum affectu domini* que l'on rencontre chez les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi.

4° La détention *sibi cum jure domini*, celle du propriétaire.

La distinction de la possession et de la détention n'apparaît donc pas à titre principal chez Galvanus. La détention qui donne droit aux interdits est la détention *sibi*. Elle est caractérisée par la volonté d'avoir la possession en son nom. Galvanus prend soin, dans la plupart des cas, d'indiquer une raison à l'existence de la

possession. La possession du créancier gagiste repose sur une cession de possession. La possession du débiteur gagiste ne continue qu'artificiellement, afin de laisser s'achever l'usucapion. Le précariste possède, lorsqu'il a demandé *ut sibi possidere liceat*. Le commodatataire ne possède jamais. Le motif de cette différence consiste en ce que le précaire n'est pas fait pour un usage et un temps indéterminés. Le dépositaire séquestre a la détention *sibi*, lorsque le dépôt a lieu *omittendae possessionis causâ*, afin d'interrompre l'usucapion. Il ne nous indique pas la raison d'être de la possession du superficiaire. L'emphytéote a la détention *sibi*, parce que pendant toute la durée de l'emphytéose, il peut traiter la chose comme il l'entend et percevoir tous les fruits.

IV. 3° *Auteurs qui s'efforcent de dégager des différents cas de possession une notion abstraite de l'animus possidendi, qui convienne à tous les possesseurs, et nous donne en même temps la raison d'être de la distinction en possession et détention.* On peut citer Lauterbach et Merenda.

a) Lauterbach (1), en fidèle tenant de la philosophie d'Aristote, retombe dans l'abus des distinctions scolastiques. Il distingue deux espèces de possession, la *possessio civilis* et la *possessio naturalis*. Prise *lato sensu*, cette

(1) *Collegium theoretico-practicum*, t. III, Tubing., 1765, comm. ad lib. 41, tit. 2.

distinction correspond à la distinction de la possession proprement dite et de la détention. Prise *stricto sensu*, cette distinction se subdivise soit *ratione modi*, soit *ratione formae*. Cette seconde division nous intéresse seule. La *possessio civilis ratione formae* conduit à l'usucapion et réclame l'*animus domini*. Par là, il entend non pas la croyance qu'on est devenu propriétaire, mais la volonté de se comporter comme un propriétaire. En effet, le possesseur de bonne foi n'est pas le seul, selon lui, à posséder *ad usucapionem*. Le possesseur de mauvaise foi aurait également cette *possessio civilis* : « *Et quod mala fide possidens, etiam civiliter possideat, inde probatur, quia potest usucapere* » (1). Il argumente de ce que la bonne foi n'est requise qu'au début de la possession ; mais il paraît en conclure d'une manière absolue que toute possession de mauvaise foi, même de mauvaise foi *ab initio*, est une *possessio civilis ratione formae* ou *ad usucapionem* : « *nihilque impedit hanc possessionem, licet quis sciat se dominum non esse* » (2). De même, il admet la *possessio civilis* chez le voleur : « *et hactenus vera est Bachovii sententia, ut etiam fur civiliter possideat* » (3). La *possessio naturalis ratione formae* donne droit aux interdits. Elle réclame l'*animus sibi possendi*. Celui-ci se lie à l'existence d'un droit réel. Elle est, en effet, donnée à quiconque « *rem suo nomine*

(1) *Loc. cit.*, p. 170.

(2) *Loc. cit.*, p. 168.

(3) *Loc. cit.*, p. 171.

et affectione sibi possidendi, citra animum domini, detinet, propter aliud jus in re » (1). Possèdent à ce titre l'usufruitier, le créancier gagiste, le dépositaire séquestre, le précariste, le vassal, l'emphytéote et le superficiaire. Malheureusement, il ne se préoccupe aucunement d'établir que le précariste et le séquestre ont un *jus in re*.

b) Merenda (2) tente une explication historique de notre distinction. Selon lui, la possession a précédé la propriété. Elle serait apparue à une époque où les peuples sont encore nomades. Les tribus et les clans vont de pâturage en pâturage avec leurs troupeaux. Tant qu'ils séjournent sur un fonds, ils en ont la possession. Ils possèdent les fonds « *quos eo animo occupaverant, ut ibi degerent quousque alio migrare non statuissent* » (3). La propriété n'apparaît que plus tard, lorsque les peuples se livrent à la culture et s'attachent au sol à perpétuelle demeure. L'apparition de la propriété ne modifie pas la notion de possession. De même qu'on protégeait auparavant, contre les attaques de leurs voisins, les pasteurs nomades aussi longtemps qu'il leur plaisait de rester sur un pâturage ; de même, aujourd'hui, on continue à protéger ceux qui ne se trouvent que passagèrement sur un fonds. Les pro-

(1) *Loc. cit.*, p. 168.

(2) *Controversiae Juris*, Bruxel., 1745-1746 : lib. 2, cap. 18, lib. 6, cap. 25, lib. 12, cap. 1 et ssq.

(3) Lib. 12, cap. 1, *De origine possessionis*.

priétaires profitent de cette protection, sans avoir à invoquer la perpétuité de leur droit. A l'origine, la possession n'exige pas l'*animus domini*. On a la possession aussi longtemps qu'il plaît de rester sur un fonds. Cette notion première de l'*animus* requis pour la possession n'a pas changé avec l'apparition de la propriété. Les érudits qui suivent Théophile font fausse route : l'*animus domini* n'est pas requis pour la possession puisque le créancier gagiste et le précariste ont la possession. Cela prouve l'indépendance historique et théorique de la possession et de la propriété.

L'attribution des interdits possessoires au possesseur violent ou clandestin confirme cette preuve. Si les interdits possessoires avaient été créés en faveur des propriétaires, le possesseur violent ou clandestin n'aurait pas joui de cette protection. Si la possession est seulement l'occupation provisoire d'un fonds qui dure aussi longtemps qu'on veut rester sur le fonds, il n'y a aucun obstacle à ce que les possesseurs violents ou clandestins jouissent de la protection des interdits.

Enfin, cette théorie donne une explication très simple de la distinction de la possession et de la détention. S'agit-il d'une occupation unilatérale, la possession commence dès l'instant où l'on pénètre sur un fonds avec la volonté d'y séjourner et subsiste aussi longtemps que dure cette volonté. Au cas de tradition, il faut considérer les deux volontés en jeu, et, surtout celle du *tradens*. Celui-ci veut-il garder la possession, il n'y a

qu'une *nuda traditio*. Veut-il se dépouiller de la possession, il y a transfert de possession. Ainsi se fait la séparation entre les usufruitiers, dépositaires, locataires, fermiers et commodataires d'une part, le créancier gagiste et le précariste d'autre part (1).

(1) Lib. 12, cap. 2, *ad l.* 1, § 15, D. *h. t.*

CHAPITRE V

DE LA THÉORIE DE SAVIGNY (1803) A LA THÉORIE DE IHERING (1889).

Le XVIII^e siècle ne nous a offert aucune théorie nouvelle intéressante. Pothier, en France, Jean Voët et Noodt dans les Pays-Bas n'ont fait que reproduire la théorie de Cujas. Les travaux d'Hofacker et de Malblanc (1), que nous rencontrons au seuil du XIX^e siècle, ne font faire aucun progrès à la science sur notre question. Ils distinguent tous deux la *possessio civilis* ou de bonne foi qui conduit à l'usucapion et la *possessio naturalis* qui comprend les possesseurs de mauvaise foi ou *cum animo domini injusto*, les possesseurs avec *animus sibi possidendi* (créanciers gagistes et précaristes, par exemple), et les possesseurs *alieno nomine*. La distinction de la possession et de la détention se trouve bien obscurcie. Malblanc va même jusqu'à dire que tous les *possessores naturales* sont plutôt des détenteurs que des possesseurs.

En 1803, Savigny dans son *Traité de la possession* vient dégager la distinction de la possession et de la

(1) Hofacker, *Principia juris civilis romano-germanici*, 2^e éd. Tubing., 1800, t. 2, l. 3, sect. 2, p. 34-55 ; Malblanc, *Principia juris romani secundum ordinem Digestorum*, Tubing., 1801, p. 225-253.

détention de toute autre distinction, notamment de la distinction de la *possessio civilis* et de la *possessio naturalis* et indiquer nettement le critérium de cette distinction.

§ 1. — Théorie de Savigny (1).

I. La possession a un double domaine : celui de l'usucapion et celui des interdits. La possession qui conduit à l'usucapion s'appelle *possessio civilis*. La possession qui donne droit aux interdits est désignée par le mot *possessio*, sans épithète, mais pris dans un sens juridique et non dans le sens usuel de la langue vulgaire, où il désigne même la simple détention. Les expressions *possessio naturalis* ont un double sens suivant qu'on les oppose à la *possessio civilis* ou à la possession proprement dite. Dans le premier cas, elles désignent toute possession qui ne conduit pas à l'usucapion, fût-elle même protégée par les interdits. Dans le second cas, elles n'embrassent que les possesseurs dépourvus de la protection des interdits ou simples détenteurs.

II. Deux effets s'attachent à la possession proprement dite : l'usucapion et les interdits. Ils correspondent à deux espèces de possession qui sont entre elles dans le rapport du moins au plus. La possession *ad usucapionem* n'est, en effet, que la possession *ad interdicta* à la-

(1) Nous citerons toujours Savigny d'après la 2^e édit. de la trad. Stædtler, Bruxelles, 1870. V. notamment, §§ 7, 9, 20 à 26.

quelle s'ajoutent certaines conditions parmi lesquelles notamment la bonne foi. Il n'y a donc en réalité qu'une possession dans le sens juridique du mot : celle qui donne droit aux interdits. C'est cette même possession qui conduit à l'usucapion lorsque d'autres éléments viennent s'y joindre. A cette possession, on oppose la détention, simple état de fait non protégé par les interdits. La distinction de la possession et de la détention n'a donc « d'autre but que de faire connaître si les interdits peuvent ou ne peuvent pas être invoqués (1) ».

III. L'élément caractéristique de cette distinction est, d'après Savigny, l'*animus domini*. La possession est une détention avec *animus domini*. Il est intéressant de remarquer que le ψυχὴ δεσπόζοντος de la Paraphrase ne paraît pas avoir exercé une influence décisive sur l'esprit de Savigny. Notre jurisconsulte invoque bien l'autorité de Théophile, mais c'est dans une simple note et uniquement pour appuyer son argumentation rationnelle. Il s'efforce, en effet, d'établir par voie de déduction la nécessité de l'*animus domini*. « Pour être considérée comme possession, nous dit-il, toute détention doit être intentionnelle » c'est-à-dire qu'il faut l'*animus possidendi*. Or « la détention d'une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence, l'*animus possidendi* n'est autre chose que l'in-

(1) P. 69. ⁴

tention d'exercer le droit de propriété ». Mais le détenteur « peut avoir cette intention de deux manières différentes : il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre. S'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui, droit qu'il reconnaît par lui-même, il n'y a pas cet *animus possidendi* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession. Il ne reste donc que la seconde hypothèse, celle où le détenteur a l'intention d'exercer son propre droit de propriété, en sorte que l'*animus possidendi* n'est ici autre chose que l'*animus possidendi* ou *sibi habendi* (1) ».

IV. Cet *animus domini* est la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire et ne se confond pas avec l'*opinio domini* ou croyance qu'on est devenu propriétaire.

V. Savigny voit quatre exceptions à cette règle de l'*animus domini* : celles du créancier gagiste, du précairiste, du séquestre et de l'emphytéote. Ces exceptions s'expliquent par ce fait que le véritable possesseur a transféré à ces détenteurs le droit qui lui conférait la possession ou *jus possessionis*. La possession n'est par elle-même, il est vrai, qu'un simple fait, mais le droit positif en lui accordant sa protection en fait un véri-

(1) P. 88 et 89.

table droit. Ce droit peut être aliéné comme tout autre droit. Le possesseur avec *animus domini* peut donc transmettre son droit à un simple détenteur qui acquiert ainsi la possession. Cette possession est une possession dérivée parce qu'elle ne tient son existence que de la possession originaire d'une autre personne. Il ne s'agit plus ici d'*animus domini* mais d'un *animus possidendi* qui a pour objet le *jus possessionis* transféré par le possesseur originaire. Toutefois, ce dernier ne peut transférer, quand il le veut, son droit de possession et créer ainsi à sa guise des cas de possession dérivée. Celle-ci est une « dérogation aux principes primitifs de la possession et dès lors il ne faut l'admettre que là où le droit positif l'établit expressément (1) », c'est-à-dire dans les quatre cas sus-énoncés.

VI. Relevons enfin la tentative faite par Savigny, pour faire découler de la nécessité de l'*animus domini* la double règle que les personnes en puissance ne peuvent posséder et que les *res extra commercium* ne peuvent être possédées. L'*animus domini* ne serait pas possible chez les personnes en puissance parce que, exception faite pour les pécules, ils ne peuvent être propriétaires. Il ne serait pas possible relativement aux *res extra commercium* parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété privée (2).

(1) P. 100.

(2) P. 103 et suiv.

VII. La théorie de Savigny n'est donc dans ses parties essentielles qu'une reproduction de la théorie de Duaren et de Doneau. Elle eut un succès immense. On vit, en effet, la majorité se déplacer, délaisser la théorie de l'*animus sibi possidendi* pour revenir à celle de l'*animus domini*.

§ 2. — Partisans de la théorie de l'*animus domini*.

I. Les partisans de l'*animus domini* ne suivent pas tous servilement les traces de Savigny. On peut en signaler deux groupes bien distincts : les uns définissent l'*animus domini* la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire et admettent des exceptions plus ou moins nombreuses, les autres définissent l'*animus domini* de telle façon qu'il se rencontre même chez le créancier gagiste et autres possesseurs qui reconnaissent le droit de propriété d'autrui.

II. *Premier groupe. Auteurs qui définissent l'animus domini la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire, ou encore la volonté de traiter la chose comme sienne.*

a) Un grand nombre de ces auteurs admettent la théorie de la possession dérivée dans les mêmes termes que Savigny. La seule différence que l'on puisse parfois relever porte sur le nombre des cas de possession dérivée. C'est ainsi notamment qu'à l'énumération de Savi-

gny, Bruns et Vangerow ajoutent le superficiaire, Arndts retranche l'emphytéote et Puchta retranche l'emphytéote et le superficiaire (1).

b) Thibaut (2) se sépare de Savigny en ce qu'il ne voit pas dans la possession dérivée une anomalie mais une application pure et simple des principes. La règle est que tout droit peut être cédé. On ne trouve nulle part qu'il y ait une exception à faire pour la possession. En théorie, les applications de la possession dérivée ne se limitent donc pas aux hypothèses expressément prévues par les textes, c'est-à-dire, d'après Thibaut, au cas de gage, de précaire ou de séquestre. Il n'y a aucun obstacle théorique à ce que le transfert de possession ait lieu au profit d'un fermier, d'un locataire, d'un dépositaire ou d'un commodataire. En fait, la cession de possession n'a pas lieu dans toutes ces hypothèses parce que rien ne la réclame. De même, lorsqu'elle a lieu au profit du précariste, du séquestre ou du créancier gagiste, elle se limite au résultat que réclame l'intérêt pratique et que les parties contractantes ont voulu atteindre. C'est ainsi notamment que le *pignus* ne transfère au créancier ga-

(1) Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tubing., 1848, § 2 ; Vangerow, *Pandekten*, § 199 ; Arndts, *Pandekten*, § 133 ; Puchta, *Cursus der Institutionem*, § 226 et dans *Linde's Zschr.*, t. 3. — Adde : Rudorff, *Append. à Savigny*, n^{os} 30 à 39 ; Mackeldey, *Manuel de droit romain*, § 250 ; Maynz, *Eléments de droit romain*, § 167 ; Keller, *Pandektenvorlesung*, § 118 ; Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 12^e édit., 1883, t. 2, p. 238 ; Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e édit., t. 1, p. 538 et ssv.

(2) V. not. *Archiv. f. civ. Prax.*, 1835, t. 18, p. 320 et ssv.

giste que la *possessio ad interdicta* et laisse continuer au profit du débiteur gagiste la *possessio ad usucapionem*.

c) D'après Brinz (1) la possession dérivée n'est pas une anomalie ; car elle se rencontre dans tous les cas où la possession est acquise par voie de tradition. Savigny donne à ces expressions un sens trop restreint. Il ne désigne par là que la possession acquise par tradition sans *animus domini*. Ce qu'il y a de spécial mais non d'anormal dans les cas de possession dérivée signalés par Savigny, c'est que la possession est transportée à quelqu'un qui ne veut pas avoir la chose comme sienne. On rencontre ici quelque chose d'analogue à ce qui a lieu pour la propriété en cas de fiducie. Il y a une aliénation fiduciaire de la possession au profit du créancier gagiste, du dépositaire séquestre et du précariste.

Windscheid (2) n'admet pas qu'il y ait d'exceptions à la règle de l'*animus domini*. Celui-ci se rencontre, même chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre, en vertu d'une fiction du droit positif. Pour des considérations d'intérêt pratique, l'*animus domini* est, en effet, censé exister au profit de ces personnes, afin de leur procurer l'avantage de la protection possessoire.

III. Deuxième groupe. Auteurs qui s'efforcent de

(1) *Pandekten*, 2^e édit., 1873-1892, §§ 137 et ssv., notam. p. 517 et 518.

(2) *Pandekten*, § 154, n. 6.

donner une définition de l'animus domini telle qu'elle convienne même aux possesseurs qui reconnaissent le droit de propriété d'autrui.

Cette tentative nous rappelle celle qui a été faite par Ramos del Manzano pour découvrir une notion de l'*animus domini* commune à tous les possesseurs. Mais les auteurs du XIX^e siècle définissent l'*animus domini* d'une autre manière que Ramos del Manzano. Les uns, comme Schræter et Duncker, font de l'*animus domini* la volonté de se comporter en fait comme le ferait un propriétaire, quoique cette volonté soit conciliable, d'après eux, avec la reconnaissance de la propriété d'autrui. Les autres voient dans l'*animus domini* la volonté de se comporter en maître vis-à-vis de la chose : ce sont Rosshirt, Kierulff et Pfeifer.

a) Selon Schræter (1), on trouve l'*animus domini* chez le créancier gagiste, le précariste, le séquestre, l'emphytéote et le superficiaire. Pour établir l'existence de cet *animus* chez l'emphytéote et le superficiaire, il énumère tous leurs droits afin de prouver qu'ils sont dans une situation équivalente à celle du propriétaire. Quant au créancier gagiste, trois choses le convainquent : les moyens de droit qui sont accordés à ce créancier, les expressions *rem pignori dare, tradere, accipere* qu'on trouve dans les textes et dont la portée semble être d'indiquer que la chose passe dans une

(1) *Linde's Zschr.*, 1829, t. 2, p. 233-270.

certaine mesure au créancier gagiste et enfin la connexité historique du *pignus* et de l'aliénation fiduciaire. Le précariste a l'*animus domini* en vertu d'une autorisation du concédant et le séquestre en vertu du mandat du déposant.

b) Duncker (1) rapporte les différentes définitions que l'on a données du *ψυχή δεσπόζοντος* de la Paraphrase. Il ne donne la préférence à aucune d'elles. Toutefois, pour se conformer à l'usage courant, il le traduira par *animus domini*. A son avis, l'emphytéote et le superficiaire ne sont que des *possessores juris*. Le gagiste, le précariste et le séquestre ont l'*animus domini* par la volonté du *tradens*. Pour caractériser sa doctrine, il reprend la formule de Brinz et dit qu'il y a dans ces trois cas possession fiduciaire (*anvertrauter Besitz*). Mais il n'entend pas ces expressions dans le même sens que Brinz. Il rejette, en effet, toute idée d'aliénation de possession, de succession dans la possession. Ce qui fait l'objet d'une aliénation fiduciaire, c'est uniquement le pouvoir matériel sur la chose. Comme ce pouvoir est absolu, il en conclut que la volonté du créancier gagiste, du précariste ou du séquestre est un *animus domini*.

c) En 1825, Rosshirt (2) renonce à trouver une généralisation satisfaisante permettant d'englober tous les cas où le droit romain reconnaît l'existence de la possession. En 1838, revenu de son découragement, il

(1) *Die Besitzklage und der Besitz*, 1884, p. 161-177.

(2) *Arch. f. civ. Prax.*, 1825, t. 8, p. 1-74 ; 1838, t. 21, p. 242 et ssv.

tente cette généralisation. L'*animus domini* ne lui apparaît plus que sous un aspect : c'est l'intention d'exclure toute autre personne de la chose. Pour faire l'application de son principe au créancier gagiste, au précariste, au séquestre et à l'emphytéote, il invoque principalement les facultés attribuées à ces possesseurs qui donnent à leur situation une analogie avec celle d'un propriétaire.

d) Kierulff (1) admet les expressions *animus domini*, mais il ne veut pas qu'on attribue au mot *dominus* la portée technique qu'il a ordinairement. Selon lui, c'est la volonté d'être le maître de la chose et de l'avoir pour soi. Cet *animus domini* existe non seulement chez le propriétaire et le voleur, il se rencontre aussi chez des possesseurs qui reconnaissent le droit de propriété d'une autre personne sur l'objet de leur possession. Le rapport contractuel qui existe entre le sujet de la possession et cette personne atteste par lui-même la propriété de cette dernière, mais n'affecte en rien l'essence de la possession. Celle-ci est tout à fait indépendante du lien juridique qui unit les personnes. En outre, « le possesseur exerce pour lui (exclusivement pour lui) ce qui peut constituer la substance, l'objet d'un droit » et non le droit lui-même. L'*animus domini* n'est donc pas la volonté d'exercer le droit de propriété mais la volonté d'exercer ce qui constitue la substance de ce droit, c'est-

(1) *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, t. 1, p. 332 et 353.

à-dire la volonté d'exercer un pouvoir exclusif sur une chose. Or cette volonté peut très bien se concilier avec la reconnaissance du droit de propriété d'une autre personne. C'est ainsi que nous trouvons l'*animus domini* chez le gagiste, le précariste, le séquestre, l'emphytéote et le superficiaire.

e) D'après Pfeifer (1), l'*animus domini* est la « volonté de détenir la chose en maître et non comme un simple représentant ». La possession donne le pouvoir de disposer exclusivement et arbitrairement d'une chose. Possède en son propre nom, celui qui est actuellement en possession d'une chose avec la volonté d'avoir cette puissance pour lui et d'écarter, par suite, toute action d'un tiers sur la chose. Au contraire, celui qui a l'intention d'exercer ce pouvoir pour autrui n'a que la simple détention. L'*animus domini* n'est donc, en réalité, dans sa théorie que la volonté d'avoir la possession pour soi.

§ 3. — Partisans de la théorie de l'*animus sibi habendi*
ou *sibi possidendi*.

I. Nous avons déjà relevé chez quelques partisans de l'*animus domini* la tentative de découvrir une notion de l'*animus* assez large pour comprendre même les possesseurs qui reconnaissent la propriété d'autrui et assez étroite pour exclure les détenteurs. Cette idée do-

(1) *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz*, Tubing, 1840, p. 7 et 8.

mine tous les partisans de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi*.

N'est-ce pas d'ailleurs exactement dans ces termes que le problème s'est posé à toute époque ? C'est dans le sens de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* qu'il a été le plus souvent résolu, surtout aux XVII^e et XVIII^e siècles. La terminologie employée pendant le XIX^e siècle est moins uniforme. A côté des expressions *animus sibi habendi* ou *sibi possidendi*, nous trouvons également les expressions *animus dominantis* ou *dominandi* ou *animus possidendi*.

Comme leurs prédécesseurs, les partisans actuels de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* se heurtent au ϕ . δ . de la Paraphrase. Nos anciens juristes le traduisent par *animus*, *opinio* ou *cogitatio domini*, y voient la croyance qu'on est propriétaire et le relèguent dans la possession *ad usucapionem*. Au XIX^e siècle, nous rencontrons deux tendances : les uns traduisent le ϕ . δ . par *animus dominantis* ou *dominandi* et attachent à ces expressions un sens plus large qu'à celles d'*animus domini*, afin d'embrasser sous cette notion tous les cas de possession ; les autres contestent formellement l'autorité de la Paraphrase. Aucun d'eux ne reprend la traduction par *opinio* ou *cogitatio domini*.

Mais ce ne sont là entre les deux époques que des nuances de détail. Si nous examinons les doctrines elles-mêmes, nous voyons réapparaître plusieurs théories déjà soutenues dans les siècles précédents. De même

que nous avons retrouvé soit la théorie de Doneau, soit des vestiges de la théorie de Ramos del Manzano chez les différents partisans de l'*animus domini* ; de même, plusieurs partisans de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* pourraient invoquer à l'appui de leur opinion l'autorité d'anciens jurisconsultes. La tentative faite par Machelard de lier la possession à la volonté d'avoir la chose à son profit se laisse déjà entrevoir chez Jean Voët. Van Wetter reprend la théorie de Bassien, Azo et Lauterbach. A l'exemple de Merenda, de nombreux auteurs s'efforceront d'établir une notion de la possession, historiquement indépendante de celle de la propriété, et qui comprenne tous les cas de possession. Pour plusieurs jurisconsultes, comme pour Cujas et ses nombreux disciples, l'*animus sibi possidendi* ne sera que la volonté d'avoir la possession pour soi.

II. 1^o *Auteurs qui voient dans l'animus possidendi la volonté d'avoir sur la chose une certaine maîtrise qu'ils prétendent ne trouver que chez les possesseurs.*

Les jurisconsultes de ce groupe se rapprochent beaucoup de ceux qui s'efforcent de découvrir un *animus domini* assez large pour qu'il existe chez tous les possesseurs. La seule différence consiste dans ce que les premiers conservent au mot *dominus* sa signification technique et ne veulent pas désigner sous le nom d'*animus domini* la volonté de se comporter en maître vis-à-vis de la chose.

a) D'après Bartels (1), l'*animus* requis pour la possession est l'*animus rem sibi habendi*. Cet *animus* se caractérise de deux manières : négativement, il est l'opposé de l'*animus alieno nomine possidendi* ; positivement, 1° c'est la volonté d'embrasser la chose dans la totalité de ses avantages, en d'autres termes, c'est vouloir acquérir sur la chose un pouvoir absolu, 2° cette volonté doit atteindre la chose directement sans intermédiaire, c'est-à-dire que, pour être possesseur, le détenteur ne doit pas avoir besoin de recourir à une personne étrangère, qui lui procure la maîtrise de fait sur la chose. Un tel *animus* se rencontre : chez le créancier gagiste, parce qu'il a le droit, s'il n'est pas payé à l'échéance de vendre la chose sans le concours et même contre le gré du débiteur et chez le précariste, parce que son activité ne se trouvant pas circonscrite dans les limites précises et rigoureuses d'un rapport juridique, son intention est d'avoir en fait la chose d'une manière absolue. L'emphytéoté et le superficiaire n'ont pas la possession parce qu'ils n'ont pas la volonté d'avoir la chose d'une manière absolue. Le séquestre n'est pas possesseur : d'une part, il n'y a pas de texte formel ; d'autre part, il n'est uni à la chose que par un lien personnel, c'est-à-dire indirect.

b) Schmidt (2) traduit $\psi. \delta.$ par *animus dominandi*. L'*animus* nécessaire à la possession est la volonté de

(1) *Linde's Zeitschr.*, 1833, t. 6, p. 177-215.

(2) *Das Commodatum und Precarium*, Leipzig, 1844, p. 31 et ssv.

détenir la chose en son propre nom, c'est-à-dire de s'en servir à sa guise, ou du moins d'en écarter toute action étrangère. Il fait application de cette définition au créancier gagiste et au précariste.

c) Lenz (1) traduit $\psi. \delta.$ par *animus dominantis* et trouve qu'il y a dans ces expressions une limitation plus heureuse de la volonté de posséder que dans l'*animus domini* de Savigny. Selon lui, la volonté de posséder est absolue dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire que le possesseur veut avoir l'objet tout entier et le garder toujours. La possession du créancier gagiste, du précariste et du séquestre paraît constituer une exception à cette règle. Toutefois aussi longtemps que ces rapports de possession existent, la volonté de ces personnes ne diffère à aucun point de vue d'une volonté qui par elle-même et dès son principe embrasserait une durée tout à fait illimitée. La seule anomalie qu'on puisse signaler au regard de ces rapports possessoires, c'est que, dès leur naissance, il ressort de leur but pratique qu'ils doivent avoir une fin.

d) Böcking (2) traduit $\psi. \delta.$ par *animus dominantis*. Au point de vue positif, c'est la volonté d'assujettir la chose en fait et d'une manière durable à sa volonté. Au point de vue négatif, c'est la volonté d'écarter tout tiers qui voudrait exercer une maîtrise de fait sur la chose possédée.

(1) *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen*, Berlin, 1860, p. 102 et ssv.

(2) *Pandekten*, 5^e éd., p. 449 et 459.

e) Dernburg (1), dans son *Das Pfandrecht*, se rallie expressément à l'opinion de Kierulff, de Lenz et de Bœcking. L'*animus possidendi* est, d'après lui, l'intention de dominer la chose en fait et pour soi exclusivement. Le plus souvent, les Romains ne se préoccupent pas des dispositions d'esprit de chaque personne en particulier. Ils lient l'*animus possidendi* à telle ou telle situation juridique, c'est-à-dire à la *causa possessionis*. Il n'y a d'exception que pour le voleur et l'envahisseur dont la possession est sans titre. Ici, faute de *causa possessionis*, l'on tient compte de la volonté individuelle et concrète de chaque sujet (2). L'*animus possidendi*, tel que le définit Dernburg, se trouve notamment chez le créancier gagiste. Celui-ci a l'intention d'avoir et de conserver exclusivement pour lui la chose qu'il a reçue en gage et d'en écarter toute action étrangère qu'elle vienne du propriétaire ou d'un autre. Les dépositaires, locataires et commodataires ont, il est vrai, la maîtrise de fait sur la chose avec l'intention de la garder avant tout pour eux et cependant la possession leur est refusée. Mais Dernburg répond que, d'après les conceptions romaines, on doit nier qu'ils aient l'intention d'avoir la chose pour eux et d'une manière exclusive.

C'est ainsi que l'intention des locataires ne vaut aux

(1) *Das Pfandrecht des Besitzes nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, t. 2. Leipz., 1864, p. 62 et ssv. ; *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Halle, 1883, p. 60 et ssv. ; *Pandekten* (1^{re} édit., 1884, 2^e éd., 1888), § 172.

(2) V. sur ce point *Das Pfandrecht*, p. 65 et *Entwicklung*, p. 67, n. 2

yeux des Romains et par le fait même de l'existence du contrat de louage, que comme intention de garder la possession libre pour le locateur. Celui-ci a, d'après la théorie romaine du louage, la faculté de reprendre à chaque instant son pouvoir de fait sur la chose en délogeant le locataire. Cette conception du louage s'explique par des raisons historiques d'ordre politique et social (1).

Telle est la forme primitive que Dernburg a donnée à sa théorie de l'*animus possidendi*. Il y apporte des modifications sensibles, lorsqu'en 1883, il aborde à nouveau la question dans son *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*. La distinction de la possession et de la détention se serait formée sur le terrain du droit positif par l'attribution ou le refus des interdits possessoires, sans égard aucun à la diversité de l'*animus*. Dans la suite, les jurisconsultes intervinrent pour faire de l'*animus possidendi* un élément constitutif de la possession. Il déclare impossible de découvrir une notion abstraite de l'*animus possidendi* qui convienne à tous les cas de possession. Il n'y voit plus que la simple volonté d'avoir la possession. Ainsi cet *animus* consiste chez le précariste à vouloir posséder un *precarium* et chez le créancier gagiste à vouloir possé-

(1) Dernburg indique ces motifs dans *Entwicklung*, p. 68 et 69. Les fermiers et locataires représentaient primitivement dans la société romaine la classe pauvre. Les riches voulurent les maintenir dans un état de dépendance rigoureuse et ne leur firent que des concessions révocables.

der un gage. D'ailleurs, sauf l'exception indiquée pour le voleur et l'envahisseur, le droit positif ne tient pas compte de la volonté individuelle, mais lie l'*animus possidendi* à la *causa possessionis* (1). En fin de compte, la théorie de Dernburg sous son dernier aspect peut se résumer dans cette formule très heureuse : « Constituent seuls la possession proprement dite les rapports possessoires dans lesquels le possesseur a une intention de posséder pour soi légalement reconnue » (2). Dernburg, poussé, sans doute, par le désir de ne pas définir l'*animus possidendi* la volonté de posséder et d'établir une concordance entre ses idées actuelles et celles qu'il soutenait déjà dans le *das Pfandrecht*, maintient encore son ancienne définition (3). Nous verrons d'ailleurs, dans le chapitre suivant, que définir l'*animus possidendi* la volonté de se comporter en maître exclusif de la chose n'est en réalité qu'une manière détournée de définir l'*animus possidendi* la volonté de posséder.

f) Scheurl (4) traduit $\psi. \delta.$ par *animus dominantis*. L'*animus* requis pour la possession est la volonté indépendante de posséder, on lui oppose le vouloir dépendant et subordonné de celui qui veut exercer la maîtrise de fait sur la chose pour le compte d'une volonté étrangère. A son avis, la notion de la possession s'est

(1) *Entwicklung*, p. 67 et ssv.

(2) *Pandekten*, 2^e éd., p. 395.

(3) *Pandekt.*, 1^{re} éd., p. 392.

(4) *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlangen, 1886, 2 Heft, p. 19-23, 46-62.

formée successivement sur le terrain de l'usucapion et sur celui des interdits. Envisagée au point de vue de l'usucapion, la possession apparaît comme l'exercice de la propriété et ne possèdent pas à ce point de vue le créancier gagiste, le précariste et le séquestre. Envisagée au point de vue des interdits, la possession apparaît comme une maîtrise de fait sur la chose appuyée sur la volonté d'exercer cette maîtrise d'une manière indépendante. Dans le gage, il est de l'esprit du contrat que le créancier gagiste conserve la chose comme garantie de sa créance avec une volonté aussi indépendante que si la propriété du gage lui avait été transférée par une aliénation fiduciaire. Le précaire peut avoir, dans certains cas, pour but de donner au précariste toute liberté d'exercer comme il l'entend sa maîtrise de fait sur la chose, qu'il s'agisse d'accomplir des actes de conservation ou des actes de jouissance. En cas de dépôt séquestre *omittendæ possessionis causâ*, l'intention des plaideurs est que la possession intérimaire ne profite à aucun d'eux, c'est-à-dire, en d'autres termes, que le depositaire ne soit le représentant ni de l'un ni de l'autre. En cas d'usufruit, l'usufruitier a un vouloir dépendant relativement à la chose et n'a pas la *possessio rei* ; il a un vouloir indépendant quant à l'*uti* et au *frui* et a par suite la *juris possessio*.

III. 2° *Auteur qui lie la possession à la volonté d'avoir la chose à son profit* : Machelard (1).

(1) *Théorie générale des interdits en droit romain*, 164, p. 1864, et ssv.

Selon lui, l'*animus* propre à la possession est l'*animus rem sibi habendi*, c'est-à-dire : « la volonté de garder la chose pour en retirer un émolument ». La possession est constituée par un double élément : 1) la volonté de tirer un profit de la chose ; 2) la possibilité de se faire personnellement protéger dans sa possession sans avoir besoin de recourir à un intermédiaire. Machelard trouve dans le créancier gagiste et le précairiste une application de cette théorie. Il admet la possession au profit de l'emphytéote pour cette raison que celui-ci acquiert les fruits par la séparation comme le possesseur de bonne foi et non par la perception comme l'usufruitier. Enfin, il reconnaît la possession du séquestre sans chercher à concilier cette solution avec sa notion de l'*animus rem sibi habendi*.

IV. 3° *Auteur qui voit dans l'animus possidendi la volonté d'avoir une détention accompagnée d'un droit quelconque* : Guyet (1).

D'après lui, l'*animus* requis pour la possession est « la volonté d'être uni à une chose que l'on détient par un lien de droit quelconque ». Il avoue que sa définition n'est pas très précise, mais il renonce à en donner une plus compréhensive parce qu'elle doit englober des cas très peu homogènes.

V. 4° *Auteur qui voit dans l'animus possidendi la*

(1) *Linde's Zschr.*, 1831, t. 4, p. 372 et ssv.

volonté d'avoir une détention accompagnée d'un droit réel : Van Wetter. On peut en rapprocher dans une certaine mesure M. Scialoja (1).

Van Wetter traduit $\psi, \delta.$ par *animus dominantis*. Propriétaire se dirait en grec κυριος, Δεσποτης signifierait possesseur. Selon lui, la possession doit se définir « la détention d'une chose dans l'intention d'exercer sur elle soit le droit de propriété, soit l'un de ses démembrements ». « Cette définition comprend incontestablement la possession du créancier gagiste, de l'emphytéote et du superficiaire ». Elle paraît ne pas s'appliquer au précariste et au séquestre « qui l'un et l'autre ne veulent exercer sur la chose possédée ni propriété, ni droit réel ». Toutefois, quant au précariste, il est « autorisé à considérer temporairement la chose comme sienne » ; « il a même l'espoir de pouvoir se maintenir indéfiniment dans la libre jouissance de la chose, faute de révocation » ; enfin, Ulpien appelle le précaire ordinaire : *precarium proprietatis*. Le séquestre a une possession « dérivée ou transmise ».

M. Scialoja ne va pas jusqu'à parler de droit réel. L'*animus possidendi*, dans la mesure où on peut en préciser le sens, c'est la « volonté de se tenir dans un rapport indépendant avec la chose ». C'est à l'occasion

(1) Van Wetter, *Traité de la possession en droit romain*, Gand, 1868, p. 1 à 5 notam. Scialoja, dans *Per l'VIII Centenario della Università di Bologna Studi giuridici e storici*, Roma, 1888, p. 225-240.

d'une étude spéciale sur la possession du précariste qu'il nous donne cette définition. La possession du précariste se caractériserait selon lui, par ce fait que le précariste, n'étant pas lié au concédant par une obligation contractuelle ou lien personnel, se trouve dans un rapport direct et indépendant avec la chose. Le créancier gagiste se trouve *a fortiori* dans cette situation, puisqu'il a un droit réel. Le dépositaire séquestre a également cette volonté de se tenir dans un rapport indépendant avec la chose : le dépôt séquestre *omittenda possessionis causa* a précisément lieu pour rendre la chose indépendante des plaideurs.

VI. 5° *Auteurs qui se contentent de définir l'animus possidendi la volonté d'avoir la possession pour soi.*

a) Warnkœnig adopte tout d'abord la définition de Savigny (1). Plus tard (2), il est surpris de ne pas rencontrer dans les textes d'expression indiquant que la possession du créancier gagiste, du précariste, du séquestre et de l'emphytéote sont des exceptions. Il en conclut que ce doivent être des applications de la règle. Il cherche alors une définition de l'*animus* assez large pour comprendre ces cas de possession. C'est l'*animus rem sibi habendi*, dont il nous donne une notion purement négative. Cet *animus* existe toutes les fois que l'on ne rencontre pas l'*animus alieno nomine possidendi*.

(1) *Commentarii*, t. 1, p. 255.

(2) *Arch. f. civ. Prax.*, 1830, t. 13, p. 169-181.

b) Molitor (1) reproduit dans ses points essentiels la théorie de Varnkoenig. D'après lui, « le mot *κύριος* seul signifie *dominus* propriétaire, tandis que les mots *ψυχῇ δεσπύζοντος κατεχεῖν* doivent se traduire par *suo nomine, suo arbitrio rem detinere* ». L'*animus* requis pour la possession est l'*animus rem sibi habendi* tel que l'entend Warnkoenig. Il se rencontre chez le créancier gagiste, le précariste, le séquestre, l'emphytéote et le superficiaire.

c) Sintenis (2) met nettement en opposition le point de vue historique et le point de vue dogmatique.

Au point de vue historique, la possession évolue dans un double domaine, dans celui de l'usucapion d'abord, dans celui des interdits ensuite. L'élément décisif de la possession est l'*animus* ; c'est lui qui la fait entrer dans le domaine du droit. A un point de vue purement historique, cet *animus* est difficile à caractériser, parce qu'il se diversifie suivant le but poursuivi (usucapion, interdits). Ainsi se justifie la précaution que prennent les jurisconsultes romains de parler d'*animus* sans jamais préciser le caractère de cet *animus* même là où on s'y attendrait le plus.

Mais, selon lui, la jurisprudence est une science systématiquement ordonnée ou à ordonner systématiquement. Il faut donc envisager la question à un point de vue purement doctrinal et ordonner en théorie ce qui

(1) *La Possession*, Paris, 1874, p. 37 et 38.

(2) *Linde's Zschr.*, 1834, t. 7, p. 223-273, p. 414-436.

se produit arbitrairement dans le cours des temps. Envisagée au regard de l'usucapion, l'*animus* requis est l'*animus domini*. Envisagée au regard des interdits, c'est l'*animus rem sibi habendi*.

d) D'après Pernice (1), la distinction de la possession et de la détention a pris naissance dans le droit positif par l'attribution des interdits possessoires partout où l'intérêt pratique le réclamait, indépendamment de toute considération de volonté. Lorsque ce travail législatif fut achevé, les jurisconsultes romains se livrèrent à une analyse scientifique des différents cas de possession, afin d'en dégager les traits communs et caractéristiques. C'est ainsi qu'ils furent amenés à dégager l'*animus possidendi*. Lorsque les jurisconsultes romains parlent d'*animus possidendi*, ils supposent définie la notion de possession et n'ont aucunement la pensée de déterminer par là en quoi consiste la possession, de même qu'en parlant d'*animus furandi* ou *occidendi*, ils n'indiquent nullement en quoi consiste le meurtre ou le vol. L'*animus possidendi* signifie donc la volonté de posséder, sauf à déterminer ce qu'est la possession. Cependant Pernice tient pour exacte la définition de l'*animus possidendi* comme « volonté d'avoir exclusivement pour soi ». Il reconnaît d'ailleurs que l'*animus possidendi* exerce, dans la théorie des jurisconsultes classiques, une influence sur la distinction de la possession et de la

(1) Zschr. f. Handelsrecht, 1877, t. 22, p. 424 et ssv.

détention. Plusieurs textes seraient formels à cet égard (l. 37, D. *de pign. act.*, 13, 7 ; l. 41, D. *h. t.* ; l. 6, § 2 ; l. 15, § 4, D. *de prec.*, 43, 26 ; l. 36, D. *h. t.*).

e) La théorie de Mandry (1), au dire de Ihering, constitue « un progrès décidé dans la théorie subjective » et « une amélioration précieuse dans la notion de la volonté de posséder » (2). Si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que Mandry n'a pas une conception nouvelle de l'*animus possidendi*. Il le définit tout simplement « l'intention de s'ériger soi-même en possesseur proprement dit » et se contente de nous dire que celui qui veut acquérir la possession « doit avoir l'intention de devenir personnellement possesseur » (3).

Le seul mérite de Mandry est d'avoir brillamment établi que la volonté de posséder en son propre nom n'est pas incompatible avec la volonté de posséder dans l'intérêt d'autrui (4).

(1) *Arch. f. civ. Prax.*, 1880, t. 6, p. 26.

(2) Ihering, *Rôle de la vol. dans la poss.*, p. 219.

(3) Mandry, *loc. cit.*, p. 26.

(4) La question examinée par Mandry est celle de savoir si un inventeur honnête ou de bonne foi et si un *negotiorum gestor* peuvent avoir la possession en leur nom, bien qu'ils aient la volonté de posséder dans l'intérêt de l'absent. L'intérêt pratique de cette question est considérable. Il s'agit de savoir si les interdits possessoires peuvent être exercés par cet inventeur ou ce *negotiorum gestor*. Les moyens possessoires sont ici d'une très grande utilité, puisque la voie du pétitoire est fermée aussi longtemps que le propriétaire est absent ou inconnu. L'inventeur de bonne foi et le *negotiorum gestor* n'ont certainement pas l'*animus domini*. Faut-il, dès lors, leur refuser la possession ? Admettre cette solution serait aller à l'encontre des exigences de la vie pratique. C'est pour l'écarter que

f) Rappelons que, dans la théorie actuelle de Dernburg, l'*animus possidendi* est en réalité la volonté d'avoir la possession pour soi (1).

Mandry se livre à un nouvel examen de la notion d'*animus possidendi*. Toute la difficulté de la question vient de ce que l'inventeur de bonne foi et le *negotiorum gestor* ne veulent garder la chose que pour le compte de celui qui a perdu la possession. Mandry s'efforce alors d'établir qu'il n'y a pas incompatibilité entre la volonté de posséder en son nom et la volonté de posséder pour le compte d'autrui. Il en trouve la preuve dans la théorie de la représentation indirecte. Le mandataire acquiert la possession pour lui avec l'intention de la transmettre plus tard au mandant. La possibilité de la représentation indirecte est admise pour la propriété par la l. 59, D. de *adq. rer. dom.*, 41, 1 et la l. 2, C. *his qui*, 7, 10, et par conséquent pour la possession dans tous les cas où elle est la base d'un mode d'acquérir la propriété. Elle est d'ailleurs formellement consacrée pour la possession elle-même par la l. 1, § 20, D. *h. t.* Une application en est faite au cas de dépôt séquestre *omittendae possessionis causa*. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'inventeur de bonne foi et le *negotiorum gestor*? Et Mandry de conclure qu'ils sont possesseurs parce qu'ils veulent acquérir la possession pour eux afin de la transmettre plus tard à l'absent ou à l'inconnu.

(1) *Suprà*, p. 123-125. Nous avons tenu à rapprocher dans une même énumération MM. Pernice et Dernburg dont les théories ont de nombreux points de contact. Tous deux masquent notamment la définition de l'*animus possidendi* comme volonté de posséder sous une autre définition qui, dans des formes différentes chez les deux auteurs, correspond chez tous deux à cette idée que le possesseur a la volonté de se comporter en maître exclusif de la chose. Nous allons voir qu'entre ces deux définitions la différence est plus apparente que réelle. Nous aurions pu placer complètement M. Dernburg auprès de M. Pernice, mais nous avons été contraint de le rapprocher de Lenz et Böcking auxquels il s'est expressément rattaché dans son *Das Pfandrecht*.

APPENDICE. — Tableau synoptique des opinions

I^o A. possidendi : *Vol. de traiter la chose comme sienne ou de se comporter comme propriétaire.*

II^o A. possidendi : *Vol. d'exercer sur la chose une certaine maîtrise de fait spéciale à la possession.*

III^o A. possidendi : *Vol. d'av. une détention accompagnée d'un droit quelconque.*

IV^o A. possidendi : *Vol. d'av. une détention accompagnée d'un droit réel.*

V^o A. possidendi : *Vol. d'av. la détention dans son propre intérêt.*

VI^o A. possidendi : *Vol. d'av. la possession pour soi.*

émises avant Ihering sur l'*Animus Possidendi*.

Glossateurs : Placentin (et certains autres glossateurs) : vol. de posséder *pro suo* ou *ut suam*.

XVI^e siècle : Duaren (*animus* ou *opinio domini*), Bauduin, Antoine Leconte, Connanus, Hotman, Jules van Beyma (*animus domini*), Doneau (*animus* mais non *opinio domini*).

XVII^e siècle : Antoine Favre (*animus domini et sibi possidere*), Treutler (*animus domini*).

XIX^e siècle : Savigny, Bruns, Vangerow, Arndts, Puchta, Rudorff, Mackeldey, Maynz, Keller, Ortolan, Accarias, etc... (possession dérivée : exception), Thibaut (poss. dérivée : règle), Brinz (aliénation fiduciaire de possession), Windscheid (*animus domini fictif*).

XVII^e siècle : Merenda (*animus sibi possidendi*).

XIX^e siècle : Schræter, Duncker (*animus domini* : vol. de se comporter en fait comme le ferait un propriétaire, mais non vol. de se comporter comme propriétaire, c'est-à-dire en ne reconnaissant pas le droit de propriété d'autrui), Rosshirt, Kierulff et Pfeifer (*animus domini* : vol. de se comporter en maître vis-à-vis de la chose), Bartels, Schmidt, Lenz, Bœcking, Scheurl (*animus sibi possidendi*).

XIX^e siècle : Guyet (*animus sibi possidendi*). On pourrait à la rigueur en trouver quelque trace chez Oroz au XVII^e siècle).

Glossateurs : Bassien, Oroz, la Glose.

Postglossateurs :

XVIII^e siècle : Lauterbach.

} *animus sibi possidendi*

XIX^e siècle : Van Vetter. — Scialoja (*animus possidendi* : vol. de se tenir dans un rapport indépendant avec la chose).

XIX^e siècle : Machelard (*animus possidendi*). On pourrait à la rigueur en trouver quelque trace (chez Voet au XVIII^e s.).

XVI^e siècle : Cujas, Brisson, Friderus Mindanus (*animus sibi possidendi*).

XVII^e siècle : Ramos del Manzano (*animus domini* ou *dominantis* : vol. de se comporter en maître vis-à-vis de la possession et non vis-à-vis de la chose). — Henri Zoes, Vinnius, Perez, Noodt, Davy Dargenté, Melchior de Valentia, Oroz, Galvanus (*animus sibi possidendi*), Fernandez de Retes (*animus sibi habendi*).

XVIII^e siècle : Jean Voet et Pothier.

XIX^e siècle : Warnkoenig, Molitor, Sintenis, Mandry. — Pernice, Dernburg (définissent aussi l'*animus possidendi* : une vol. de dominer la chose exclusivement pour soi, ce qui les rattache également au II^e).

CHAPITRE VI

CRITIQUES ADRESSÉES AUX THÉORIES DE L'ANIMUS DOMINI
ET DE L'ANIMUS SIBI HABENDI OU SIBI POSSIDENDI
AVANT IHERING (1).

I. L'exposé successif de ces multiples opinions qui se croisent et s'entrecroisent a pu nous convaincre des tourmentes que la doctrine a subies en notre matière.

Pour ne pas alourdir la marche de notre travail, nous n'avons pas voulu relever, au fur et à mesure qu'elles se présentaient, les critiques de tendance et de valeur si diverses, formulées par les différents jurisconsultes. Nous voulons maintenant grouper dans un exposé rapide les principales objections qui ont été faites, avant Ihering, aux théories soit de l'*animus domini*, soit de l'*animus sibi possidendi* (2). Ce travail est nécessaire pour bien se rendre compte de l'état d'esprit dans lequel Ihering a conçu sa propre théorie. Pour plus de clarté, nous réu-

(1) Dans Meischer, *Besitz und Besitzschutz*, p. 19 à 22, on trouve déjà réunies les principales objections qui peuvent être adressées aux différentes théories émises pendant le XIX^e siècle avant 1876, date de la publication de cet ouvrage.

(2) Nous ne rapportons pas ici de critiques qui n'aient été faites. Nous ne faisons parfois que leur donner une forme personnelle. Laquelle, d'ailleurs, aurions-nous dû choisir parmi tant de formes employées ?

nissons toutes ces critiques sous six propositions, qui constituent une réponse à tous les systèmes proposés.

II. 1° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté de se comporter comme propriétaire ou animus domini.*

La plus grande objection que l'on puisse faire à une théorie d'interprétation, c'est de ne trouver aucun appui dans les textes. Or, les expressions *animus domini* ne se rencontrent jamais dans les sources romaines. La théorie de l'*animus domini* se réclame, il est vrai, du *ψυχὴ δεσπόζοντος* des jurisconsultes byzantins. Un grand nombre d'adversaires répondent que ces expressions ne désignent aucunement la volonté de se comporter en fait comme un propriétaire : les uns y voient la croyance qu'on est devenu propriétaire et les traduisent par *opinio* ou *cogitatio domini* ; les autres y voient la volonté d'avoir une certaine maîtrise sur la chose et les traduisent par *animus dominantis*. Quelques jurisconsultes vont plus loin. Sans prendre parti sur le sens du *ψυχὴ δεσπόζοντος*, ils s'attaquent directement à l'autorité de la Paraphrase et des autres œuvres de l'Empire d'Orient. Ce sont là, disent-ils, opinions d'interprètes et non décisions de jurisconsultes romains. Le témoignage de la Paraphrase perdrait d'ailleurs beaucoup de son importance, s'il était exact, comme le soutient M. Ferrini, qu'elle ne soit pas de Théophile. Les œuvres postérieures de l'Empire d'Orient sont d'ailleurs

plutôt défavorables à la théorie de l'*animus domini* : toutes relèguent le ψυχὴ δεσπόζοντος dans la *possessio ad usucapionem* et l'Anonyme refuse expressément de faire du ψυχὴ δεσπόζοντος la caractéristique de la *possessio ad interdicta* ou possession proprement dite.

Non seulement l'*animus domini* n'apparaît jamais dans les textes, mais ceux-ci semblent même s'opposer à son admission comme élément caractéristique de la possession (1). Ils admettent, en effet, la possession au profit du créancier gagiste, du précariste et du séquestre, qui n'ont certainement pas l'*animus domini*. Les partisans de l'*animus domini* soutiennent que ce sont des exceptions à la règle. Et pourtant, les textes ne nous présentent jamais leur possession comme anormale.

Les raisons, que les partisans de l'*animus domini* invoquent pour justifier leurs prétendues exceptions, sont d'ailleurs mauvaises. Tout d'abord, il ne peut être question d'une cession de possession, faite par le possesseur originaire ou avec *animus domini* au créancier gagiste, au précariste ou au séquestre. La possession est un fait auquel s'attachent certains droits et non un droit, existant par lui-même, indépendamment de tout fait matériel. La possession existe, par suite, au profit de telle ou telle personne, mais elle ne passe pas d'une personne à une autre. Dans tous les cas où il y a acquisition de possession, c'est une possession nouvelle qui commence

(1) V. notamment l. 13, § 1, D. de publ. act., 6,2 et l. 22, § 1, D. de nox. act., 9,4 et l'argumentation de M. Saleilles, *loc. cit.*, n. 108.

et non la possession du *tradens* qui continue au profit de l'*accipiens*. Certains textes sont, à cet égard, très significatifs. Il y est dit, en effet, que l'acquisition de possession suppose un abandon de possession de la part du *tradens* (*cedere possessione vel possessionem* : l. 4, §§ 4 et 20 ; l. 18, § 1 ; l. 52, § 2, D. *h. t.* ; *vacuam possessionem tradere vel in vacuam possessionem inducere* : l. 33, l. 52, § 2, D. *h. t.*). L'*accipiens* acquiert ainsi la possession d'une chose actuellement sans possesseur et ne succède pas à la possession du *tradens*. Quelques auteurs rejettent toute idée d'aliénation de possession, mais soutiennent que l'*animus domini* se rencontre chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre en vertu d'une autorisation ou d'un mandat du *tradens*, ou en vertu d'une cession d'*animus domini*. Ils n'ont pas remarqué que le titre (contrat de gage ou de dépôt séquestre, convention de précaire), d'où ils font découler la possibilité de l'*animus domini* est par lui-même exclusif de cet *animus*. Il emporte, en effet, reconnaissance de la propriété d'autrui. L'*animus domini* dont ils parlent ne peut être que la volonté de se comporter vis-à-vis de la chose avec des pouvoirs, en apparence, aussi étendus que ceux d'un propriétaire. Nous retombons alors dans une notion de l'*animus domini* que nous rencontrerons plus loin en étudiant notre seconde proposition. Enfin, il n'est jamais question dans les textes d'une fiction en vertu de laquelle l'*animus domini* serait censé exister chez le créancier gagiste, le précariste et

le séquestre. Les fictions ne sont que des moyens arbitraires employés, quelquefois par le législateur lui-même, le plus souvent par les jurisconsultes pour justifier théoriquement certaines règles de droit positif que réclame l'intérêt pratique. Dès l'instant où l'on cesse d'envisager la science du droit comme un tout dont les parties doivent être harmonieusement coordonnées, ce sont là des expédients de logiciens devenus inutiles et dont il faut débarrasser la science.

III. 2° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'exercer sur la chose une certaine maîtrise spéciale à la possession, que cette volonté soit désignée sous le nom d'animus domini ou sous le nom d'animus sibi habendi.*

Cette volonté existe, sans conteste, chez les possesseurs de bonne et de mauvaise foi qui ont l'*animus domini*. Le problème se circonscrit aux possesseurs sans *animus domini*, c'est-à-dire au créancier gagiste, au précariste et au séquestre et s'étend même à l'emphytéote et au superficiaire pour ceux qui voient en eux des possesseurs. Il consiste à découvrir chez ces possesseurs la volonté d'exercer sur la chose une certaine maîtrise que l'on ne trouve pas chez les détenteurs. Si nous comparons les différentes solutions proposées, nous remarquons que les efforts ont porté sur trois points : étendue des pouvoirs, leur caractère exclusif, leur durée. Les partisans de cette théorie se sont efforcés de

caractériser la maîtrise propre à la possession comme un pouvoir absolu, exclusif et durable ou, du moins, indéterminé quant à sa durée. Aucun d'entre eux ne se place à ces trois points de vue à la fois. Chacun, selon ses préférences, fait de tel ou tel caractère l'élément distinctif de la possession. Plaçons-nous successivement à ces trois points de vue et voyons s'il est possible de découvrir entre possesseurs et détenteurs des différences tellement saillantes, que la distinction de la possession et de la détention s'impose dans les termes où elle se présente en droit romain.

a) *Au point de vue de l'étendue des pouvoirs.* — De toutes les personnes généralement citées comme possesseurs, bien qu'elles n'aient pas l'*animus domini*, celles qui jouissent des pouvoirs les plus étendus sont l'emphytéote et le superficiaire. Leur supériorité sur les usufruitiers, fermiers et autres détenteurs est incontestable. Ils peuvent aliéner leur droit même à titre particulier (1). Les usufruitiers et fermiers peuvent tout au plus céder l'exercice de leur droit. Les emphytéotes et les superficiaires ont de plein droit la faculté de changer l'aménagement du fonds. Les usufruitiers et fermiers n'ont ce pouvoir qu'en vertu d'une autorisation expresse du propriétaire. L'étendue des pouvoirs reconnus aux emphytéotes et aux superficiaires les a

(1) L. 1, § 7, *de superf.*, 43, 48 ; l. 12, § 3, *de publ. act.*, 6, 2 ; l. 74, § 6, *D. de leg.*, 30, I. V. Girard, *Manuel de droit rom.*, p. 372, n. 3 et p. 373, n. 8.

souvent fait comparer à des propriétaires. On s'explique facilement qu'ils soient traités comme possesseurs dans une théorie qui fait de la possession une maîtrise de fait absolue sur la chose. Telle n'a pas dû être la conception que les jurisconsultes romains se sont faite de la possession, puisqu'ils semblent n'avoir traité le superficiare et l'emphytéote que comme des *juris possessorum* (1).

Les pouvoirs du créancier gagiste ne sont pas absolus. Il est tenu d'apporter à l'administration de la chose les soins d'un bon père de famille (2). Quiconque a un pouvoir de disposition sur la chose n'est pas tenu de ses négligences. Il peut, par suite, laisser dépérir la chose sans encourir aucune responsabilité. En outre, le *pignus* ne donne pas par lui-même, à l'origine, du moins, la faculté de vendre la chose en cas de non-paiement à l'échéance. Dans la suite, le droit de vendre devint de la nature, puis de l'essence du gage, mais il n'y eut là que la consécration d'un usage et une extension des pouvoirs primitifs du créancier gagiste reposant sur une interprétation de volonté des parties. Les formalités dont on continue à entourer l'exercice de ce droit de vendre restent pour attester que ce droit ne va pas de soi en cas de gage (3). De même, le créancier gagiste n'a pas le droit de se servir de la chose, ni de

(1) V. *suprà*, p. 24 et ssv.

(2) L. 14, D. *de pign. act.*, 13, 7.

(3) V. Girard, *Manuel*, p. 754 et ssv.

faire les fruits siens sans une convention d'anti-chrèse (1). Les pouvoirs que confère le gage par lui-même sont donc plus restreints que ceux des usufruitiers, fermiers et dépositaires.

Le précariste peut faire servir la chose à l'usage que comporte sa nature (2). Il acquiert les fruits jusqu'au jour de la restitution (3). Mais la concession qui lui est faite est essentiellement révocable (4) et, de ce chef, sa situation est inférieure à celle des usufruitiers, fermiers et commodataires.

Le dépositaire séquestre ne peut se servir de la chose ni en jouir. Si nous faisons abstraction du droit d'exercer les interdits possessoires, qui est la conséquence même de sa possession, ses pouvoirs sont exactement ceux de tout dépositaire.

Il y a, il faut le reconnaître, une certaine classe de détenteurs qui se trouve dans une situation manifestement inférieure : ce sont les personnes en puissance et les mandataires lorsque la représentation directe par les personnes libres est admise. Leurs pouvoirs ne sont que des pouvoirs d'emprunt, le *paterfamilias*, le *dominus* et le mandant peuvent les leur retirer à tout instant.

On a tenté pour justifier la distinction de la posses-

(1) L. 11, § *de pign.*, 20, 1.

(2) L. 8, § 4, D. *de prec.*, 43, 26.

(3) L. 13, § 21, D. *de act. empt.*, 19, 1.

(4) L. 12, D. *de prec.*, 43, 26.

sion et de la détention de poursuivre cette théorie de la représentation dans les autres cas de détention. La tentative s'est surtout produite, comme nous l'avons vu, au regard des fermiers et des locataires (1). On a soutenu que primitivement les locataires et fermiers se trouvaient, à l'exemple des fils de famille et des esclaves, dans un état de dépendance absolue vis-à-vis des bailleurs. Les personnes qui ne pouvaient habiter une maison ou cultiver un lopin de terre dont ils fussent propriétaires appartenaient à la classe infime des « prolétaires ». Les riches voulurent les maintenir dans une sujétion étroite et ne leur accordèrent qu'une concession révocable *ad nutum*. Leur situation se modifia dans la suite, mais les locataires et fermiers n'en continuèrent pas moins à être de simples détenteurs, dépourvus de la protection des interdits possessoires.

En admettant même que cette conjecture historique soit vraie, elle ne donne jamais qu'une explication restreinte à un cas de détention. On n'est, en effet, jamais parvenu à ramener à une lutte de classes l'existence de tous les cas de détention. La reconnaissance de la possession au profit du précariste, concessionnaire révocable *ad nutum*, demeure inexpliqué.

La théorie de Scheurl paraît procéder un peu de la même idée. L'*animus possidendi* y est désigné comme

(1) Dernburg, *Entwicklung...*, p. 68. La même tentative se retrouvera plus tard chez Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 400 et ssv., chez Pflüger, *Die sog. Besitzklagen des röm. Rechts*, 1890, p. 304 et ssv.

la volonté indépendante de posséder. Cette formule trompeuse et vague ne résiste pas à l'examen. En quoi, par exemple, la volonté du créancier gagiste est-elle plus indépendante que celle du fermier ? L'un a le pouvoir de vendre la chose en cas de non-paiement, de s'en servir et d'en acquérir les fruits. L'autre a simplement le pouvoir d'exploiter la chose et d'en tirer profit. Le contrat de gage et le contrat de bail conclus, chacun exercera en pleine indépendance les pouvoirs qui lui auront été concédés. Mais ces pouvoirs n'appartiennent à chacun d'eux qu'en vertu de la concession expresse du propriétaire. D'ailleurs, si nous accompagnons Scheurl, dans les applications qu'il fait de sa formule notamment au dépositaire séquestre et au créancier gagiste, nous le voyons insensiblement entraîné à ne plus faire de l'*animus possidendi* que la volonté d'avoir la possession pour soi.

Comme nous avons pu le constater, les pouvoirs des possesseurs ne diffèrent pas sensiblement de ceux des détenteurs. Il pourrait y avoir exception au profit des emphytéotes et des superficiaires, mais ils paraissent bien n'être, en droit romain, que des *juris possessor*es ou simples détenteurs. Les représentants dans la possession d'autrui sont dans une situation inférieure vis-à-vis des possesseurs. Il suffit qu'ils ne soient pas les seuls détenteurs pour qu'on ne puisse pas faire reposer la distinction de la possession et de la détention sur l'étendue des pouvoirs qui appartiennent aux possesseurs.

b) Au point de vue du caractère exclusif des pouvoirs.

— On n'arrive pas à une conclusion plus favorable lorsqu'on recherche si ce sont les possesseurs ou les détenteurs qui sont le plus puissants vis-à-vis des tiers. S'agit-il uniquement de ce pouvoir de fait qui consiste à avoir la faculté de disposer matériellement de l'objet, la réponse serait plutôt en faveur des détenteurs. En effet, lorsque la possession s'exerce par l'intermédiaire d'autrui le pouvoir d'écarter tout acte matériel des tiers sur la chose appartient au détenteur et non au possesseur. Le pouvoir exclusif des possesseurs ne pourrait donc être qu'un pouvoir juridique, c'est-à-dire la faculté de poursuivre en justice le respect de ses droits. A cet égard, la distinction devrait se faire entre les détenteurs munis d'un droit réel qui peuvent agir en justice contre tous, même contre le propriétaire et les détenteurs simplement munis d'un droit personnel qui ne peuvent mettre la justice en mouvement à l'égard des tiers, que par l'intermédiaire du propriétaire. L'usufruitier serait possesseur, le depositaire séquestre et le précariste détenteurs. Il est vrai que les possesseurs, grâce à la protection des interdicts possessoires, peuvent écarter les troubles venant des tiers et recouvrer la chose dont ils ont été dépossédés. Mais ce caractère exclusif de leurs pouvoirs résulte de l'attribution des interdicts possessoires, c'est-à-dire de la possession elle-même. Dire que pour avoir la possession, il faut vouloir garder la chose exclusivement pour soi, grâce au secours des interdicts possessoires.

res, c'est dire que, pour avoir la possession, il faut la volonté d'avoir la possession. Ici encore, l'*animus possidendi* devient la volonté d'avoir la possession pour soi.

c) *Au point de vue de la durée des pouvoirs.* — Les emphytéotes et les superficiaires acquièrent leur droit pour une durée illimitée ou pour un très long temps. Ils se séparent certainement à cet égard des fermiers, commodataires et autres détenteurs. Et cependant ils n'ont que la *juris possessio* ou simple détention.

La durée du dépôt séquestre est normalement plus courte que celle d'un bail. La durée du gage et du précaire est souvent plus courte que celle d'un usufruit. Sans doute les pouvoirs du créancier gagiste, du précariste ou du séquestre sont concédés pour un temps indéterminé ; mais on peut trouver des cas de détention où les pouvoirs du détenteur ne sont pas d'une durée limitée, comme par exemple en cas d'usufruit ou de dépôt nécessaire.

Il n'y a donc pas de différence caractéristique entre possesseurs et détenteurs quant à la durée de leurs pouvoirs. Quand on compare de ce point de vue les pouvoirs des uns et des autres, on arrive à une confusion complète des cas de possession et des cas de détention. Tel est bien le résultat auquel conduit notamment le système de Merenda. Si la possession est toute occupation passagère du fonds, tout détenteur doit être possesseur. Merenda s'efforce de repousser cette conclusion en déclarant la possession impossible toutes les

fois que le *tradens* ne veut pas abandonner sa possession. Ainsi s'expliquerait l'absence de possession chez les différents détenteurs, fermiers, usufruitiers, par exemple. C'est là, il faut le reconnaître, un moyen tout à fait arbitraire d'échapper à la difficulté. Si la possession n'est que l'occupation temporaire d'un fonds, comment soutenir que le *tradens* veut conserver la possession alors qu'il concède à l'*accipiens* la faculté de séjourner sur le fonds, de l'administrer, de l'exploiter et d'en percevoir les fruits ?

En résumé, si nous n'avions pour nous guider dans la distinction de la possession et de la détention que le triple critérium admis par les auteurs dont nous critiquons les théories, nous arriverions à des résultats autres que ceux indiqués par les textes. N'est-ce pas la condamnation formelle de ces théories ?

IV. 3° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'être uni à la chose par un lien de droit quelconque.* — On trouve, en effet, des possesseurs qui n'ont aucun droit sur la chose, comme les voleurs et les envahisseurs, et de simples détenteurs, comme les fermiers, commodataires, usufruitiers et autres qui ont sur la chose un droit personnel ou réel.

V. 4° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'exercer un droit réel sur la chose, ou même simplement de se tenir dans un rapport indépendant avec la chose.*

Qu'on admette la première formule avec Van Wetter ou la seconde avec Scialoja, elle aura toujours le grave défaut d'être trop large. L'usufruitier n'est certainement pas un possesseur. Le superficiaire et l'emphytéote n'ont très probablement jamais été possesseurs. La formule de Van Wetter est également trop étroite : il est impossible de découvrir un droit réel chez le dépositaire séquestre et le précariste. La théorie de Scialoja échappe dans une large mesure à cette dernière critique, puisque l'*animus possidendi*, dont il est ici question, est seulement la volonté de se tenir dans un rapport indépendant avec la chose. L'analyse de la situation du précariste que nous donne cet auteur est très fine et très séduisante. Il nous montre parfaitement la nature du droit du précariste, qui échappe à la classification des droits en droits personnels et en droits réels. Néanmoins, le pouvoir de révocation *ad nutum* du concédant nous paraît compromettre dans une large mesure l'indépendance prétendue du précariste. Le dépositaire séquestre n'a aucune indépendance ; car il est lié par des obligations contractuelles comme les fermiers, dépositaires et commodataires.

VI. 5° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'avoir la chose dans son propre intérêt.*

Le dépositaire séquestre et le mandataire en cas de représentation indirecte deviennent possesseurs bien

qu'ils agissent dans l'intérêt d'autrui. Les usufruitiers, locataires, fermiers et commodataires sont des détenteurs intéressés et n'ont pas la possession.

VII. 6° *La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'avoir la possession pour soi.*

Toutes les théories qui précèdent viennent échouer contre cette double objection : que la formule donnée est ou trop étroite ou trop large. Tantôt elle laisse en dehors d'elle certains possesseurs, tantôt elle atteint certains détenteurs. Au milieu de cette tourmente d'opinions qui se croisent et s'entrecroisent, il existe, cependant un refuge facile et sûr : c'est celui de définir, avec les auteurs dont nous étudions actuellement la théorie, l'*animus possidendi*, la volonté d'avoir la possession pour soi. Cette notion de l'*animus* a évidemment l'avantage de correspondre exactement aux différents termes de notre distinction. L'*animus*, ainsi défini, ne se rencontre que chez les possesseurs et non chez les détenteurs. Mais cette solution facile n'explique rien. Elle revient à dire que la volonté de posséder est la volonté de posséder. Elle a, en outre, le grave défaut de ne pas correspondre à la réalité des faits. Le créancier gagiste, le précariste et le séquestre veulent avoir la disposition matérielle de l'objet : le premier à titre de garantie, le second pour accomplir des actes d'usage et de jouissance, le troisième pour conserver la chose au profit de celui des plaideurs qui triomphera dans l'ins-

tance. Ils ne pensent qu'aux conséquences pratiques des actes qu'ils accomplissent, et si nous faisons abstraction de quelques rares juristes, que les préoccupations de la science poursuivent parfois jusque dans les détails de la vie, ils ne se soucient guère de savoir s'ils deviennent possesseurs ou non. Il en est de même pour les détenteurs. Les fermiers, locataires, usufruitiers et commodataires, par exemple, n'ont d'autre objectif que d'acquérir dans certaines conditions l'usage et la jouissance de la chose, sans songer qu'ils possèdent au nom du propriétaire. Il est donc faux qu'en fait on soit possesseur parce qu'on veut être possesseur. Enfin, affirmer que les possesseurs ont la possession parce qu'ils veulent posséder, et les détenteurs, la détention parce qu'ils veulent posséder au nom d'autrui, cela n'implique-t-il pas que l'on se fait une idée bien précise de la notion de possession et que celle-ci existe antérieurement à la volonté et indépendamment d'elle. Certains auteurs ont d'ailleurs entendu par *animus possidendi* non pas cette volonté qui serait la cause de la distinction entre la possession et la détention, mais la volonté de posséder là où il y a possession d'après le droit positif (1), ou même simplement la volonté d'acquérir et d'occuper telle situation juridique à laquelle le droit positif attache la possession (2). L'*animus possidendi*

(1) C'est le sens que paraît revêtir l'*animus sibi possidendi* chez la plupart de nos anciens auteurs.

(2) Tel est le sens que M. Dernburg, comme nous l'avons vu, donne à l'*animus possidendi* en cas de gage et de précaire.

ainsi compris conduit à cette conclusion que la volonté reste sans influence sur la distinction de la possession et de la détention et que celle-ci est uniquement faite par le droit positif.

VIII. La conclusion de cet exposé rapide des critiques émises n'est-elle pas un aveu d'impuissance ? Devant une telle accumulation d'obstacles, est-il encore permis d'espérer découvrir une notion de l'*animus possidendi*, qui convienne à tous les possesseurs et qui soit par elle-même la véritable raison d'être de la distinction de la possession et de la détention ? Ne sommes-nous pas, en effet, acculés à cette impasse : ou d'admettre une définition de l'*animus possidendi* trop étroite ou trop large, ou de concevoir une théorie de l'*animus possidendi*, tellement artificielle qu'elle soit la négation même de l'influence de la volonté sur notre distinction ? Ne vaut-il pas mieux, dès lors, renoncer à la tâche et s'endormir sur le « moël oreiller du doute » ?

Telle est, du moins, la conclusion de Meischeider. Selon lui, les jurisconsultes romains se sont laissés guider dans cette matière de la possession par des points de vue très divers que la logique n'arrive pas à concilier. La question de l'*animus possidendi* nous en fournit un exemple. Il y a là un problème aussi insoluble que celui de la quadrature du cercle (1).

(1) *Loc. cit.*, p. 19.

Fort heureusement, la désespérance n'est pas encore de mode chez les juristes et jamais, sur notre question, la science ne s'est avouée vaincue. M. Pernice, rendant compte de l'ouvrage de Meischeider, reconnaît que la théorie de l'*animus possidendi* se heurte à des bizarreries. Mais il ne renonce pas à en donner une explication et il demande à l'histoire ce que la logique lui refuse. Selon lui, la distinction de la possession et de la détention s'est formée historiquement par l'attribution et le refus des interdits, suivant les besoins de la vie pratique, sans qu'on se soit aucunement préoccupé des questions d'intention. C'est seulement à une époque postérieure que les jurisconsultes romains arrivent par un travail d'abstraction juridique, à dégager l'idée d'un *animus* spécial à la possession et qu'ils désignent sous le nom d'*animus possidendi* ou volonté de posséder. M. Pernice, en s'appuyant sur plusieurs textes, conserve cependant à l'*animus possidendi* une influence sur la distinction de la possession et de la détention (1).

M. Dernburg formule exactement les mêmes idées. Il augmente même le rôle du droit positif. Non seulement, il lui attribue la formation historique de notre distinction, mais, il lui reconnaît la mission de donner à l'*animus possidendi* l'investiture légale en l'attachant à telle ou telle *causa possessionis*. La volonté n'aurait d'influence directe dans notre matière qu'au regard des brigands et des voleurs (2).

(1) V. *suprà*, p. 131.

(2) V. *suprà*, p. 123-125.

Quelle que soit l'importance du droit positif dans les théories de MM. Pernice et Dernburg, ces deux auteurs n'en maintiennent pas moins l'*animus possidendi* sur le terrain du droit romain.

Ihering ira plus loin. Il affirmera que le droit positif a non seulement créé historiquement la distinction de la possession et de la détention, mais qu'il la maintient théoriquement et pratiquement à l'époque classique. A toute époque, la distinction de la possession et de la détention aurait eu sa cause dans une règle du droit positif. La volonté n'exercerait aucune influence sur cette distinction. Possesseurs et détenteurs auraient exactement la même volonté. L'idée d'une volonté spéciale à la possession serait une tentative de construction juridique, complètement manquée, imputable au jurisconsulte Paul, et dont il faut délivrer la doctrine.

CHAPITRE VII

THÉORIE DE IHERING.

I. Ihering désigne toutes les théories qui ont précédé la sienne sous le nom générique de *théorie subjective* parce qu'elles font dépendre la distinction de la possession et de la détention d'une dualité de volonté. Il leur oppose sa propre théorie sous le nom de *théorie objective* pour bien marquer que, d'après lui, la volonté du sujet n'influe aucunement sur cette distinction (1). Son ouvrage *Du Rôle de la Volonté dans la Possession* peut se diviser en deux parties : une partie négative, dans laquelle il critique la théorie subjective, et une partie positive, dans laquelle il expose sa propre opinion.

II. *Critique de la théorie subjective.* — On peut concevoir deux formes de la théorie subjective : ou bien l'*animus* d'où dépend la distinction de la possession et de la détention est la volonté du sujet dans chaque cas particulier, ou bien cet *animus* est la volonté telle qu'elle existe ordinairement et telle qu'elle doit exister dans telle ou telle situation juridique. Ihering désigne la première forme sous le nom de théorie de la « volonté in-

(1) Ihering, *Rôle de la vol. dans la poss.*, p. 6.

dividuelle ou concrète » et la seconde, sous le nom de théorie de la « volonté abstraite ou typique (1) ». Dans le premier cas, l'existence de la possession dépend des caprices de l'individu, sans que la possession ou la détention se lie à telle ou telle situation juridique, par exemple à celle de créancier gagiste ou de fermier. Dans le second cas, l'existence de la possession dépend de la volonté typique, telle qu'elle se lie à la *causa possessionis*, qui caractérise juridiquement la relation de la personne et de la chose. La volonté ne sert plus ici que comme « point de vue dirigeant pour déterminer *in abstracto* dans quels cas il y aura détention (2) ». Si l'on scrute les intentions des voleurs et des acheteurs, on voit qu'ils ont normalement l'intention de se comporter comme propriétaires. Les fermiers et commodataires, au contraire n'ont pas normalement cette volonté. Lorsque le droit positif attribue la possession aux premiers et la refuse aux seconds, il ne ferait que « tirer les conséquences de leur propre volonté ». La cause de cette distinction résiderait dans ce fait que, chez l'acheteur et le voleur types, on rencontre la volonté d'agir en propriétaire tandis qu'une telle volonté ne se rencontre pas chez le fermier et le commodataire types. La distinction de la possession et de la détention reposerait donc encore sur une diversité de l'*animus*. Mais cet *animus* se trouverait lié à tel ou tel rapport juridique, c'est-à-dire à telle ou telle

(1) p. 9 et ssv.

(2) p. 13.

causa, sans qu'on tienne compte des cas exceptionnels où la volonté du sujet n'est pas en concordance avec la volonté type, telle qu'elle résulte de la *causa*. La théorie de la volonté individuelle ou concrète conduit évidemment à des conséquences pratiquement inadmissibles. Elle fait de la possession le jouet de la volonté humaine, le champ d'expérience de toutes les fantaisies. Il est certain qu'aucun auteur n'a jamais eu la pensée de soutenir cette théorie dans toute son intégrité. Le tort de la totalité des jurisconsultes, sauf M. Dernburg (1), est de ne pas avoir entrevu les inconséquences auxquelles on aboutit, en donnant toute puissance à la volonté humaine dans la distinction de la possession et de la détention. Cet aveuglement est cause qu'ils se sont tous exprimés en des termes, qui consacrent formellement l'omnipotence de la volonté. L'élément caractéristique de la possession est, pour eux, l'*animus domini* ou l'*animus sibi habendi* et non la *causa possessionis*. M. Randa, l'un des partisans, les plus en vue parmi les modernes, de la théorie subjective, dit même expressément que « la volonté de posséder est l'affaire du libre arbitre du possesseur (2). Il ne faut faire exception que pour M. Dernburg. Nous avons déjà vu que, d'après lui, il ne faut s'attacher pour distinguer la possession de la détention qu'à l'*animus possidendi* tel qu'il résulte de la *causa possessionis* et non à la volonté sub-

(1) V. *suprà*, p. 123-125.

(2) Randa, *Der Besitz*, 3^e éd., p. 372.

jective. Celle-ci ne joue un rôle effectif dans notre distinction qu'à l'égard des voleurs et des brigands, qui ont une possession sans titre. Si l'on veut donner une réfutation complète et définitive de la théorie subjective, il ne suffit donc pas de combattre la théorie de la volonté individuelle ou concrète, il faut encore procéder à un examen scrupuleux de la théorie de la volonté abstraite ou typique, non seulement parce qu'elle a été soutenue en fait et qu'elle se trouve peut-être au fond de la pensée de beaucoup des partisans de la théorie de la volonté individuelle ou concrète, mais surtout parce qu'elle est la forme probable, dans laquelle pourrait se réfugier la théorie subjective. Examinons donc successivement les reproches qu'Ihering adresse à ces deux formes de la théorie subjective. Il les met à l'épreuve tour à tour sur le quadruple terrain de l'histoire, de la législation, de la procédure et des textes.

III. Si l'on interroge l'histoire du droit romain et la raison (1), on constate que la théorie de la volonté in-

(1) Nous réunissons les deux points de vue de l'histoire et de la législation. Ihering les traite en deux chapitres distincts. Il suffit de les parcourir pour voir qu'il n'a pas maintenu constamment la séparation entre ces deux points de vue. Il n'y a rien d'étonnant à cela. N'est-on pas naturellement entraîné à montrer que ce qu'une législation n'a pas admis, elle ne pouvait pas l'admettre? Il y a même une catégorie d'arguments où la distinction est impossible, parce que les données de la raison et celles de l'histoire sont indissolublement liées : c'est lorsqu'on affirme que telle ou telle règle juridique était rationnellement impossible, étant donné tel état de législation historiquement établi (V. Ihering, p. 187).

dividuelle ou concrète n'a pas été consacrée par la législation romaine (1) et qu'elle ne pouvait l'être par aucune législation (2).

Lorsqu'on pose cette affirmation théorique qu'actuellement la distinction de la possession et de la détention est le résultat d'une diversité de volonté, il est permis d'en conclure que cette distinction est apparue comme conséquence de cette diversité de volonté. « Si dogmatiquement, nous dit Ihering, cette distinction a sa cause dans la différence de la volonté de posséder, cela prouve, au point de vue historique, qu'elle y trouve son origine » (3). La distinction de la possession et de la détention serait donc le produit d'une conception *a priori* de la volonté spécialement requise pour la possession et supposerait, à sa naissance, une analyse minutieuse des différentes espèces de détention et de l'*animus* qui leur est propre. Un travail de ce genre peut se concevoir de la part des jurisconsultes classiques, habitués à raisonner sur des abstractions et à procéder par voie de déductions logiques, il ne rentre pas dans l'esprit des législations primitives, qui répugnent aux appréciations si délicates des intentions. Le prêteur, en accordant ou en refusant les interdits possessoires, n'a d'ailleurs pas eu en vue de consacrer législativement la conception rationnelle, qu'il se serait faite de la notion de possession et

(1) ch. VII.

(2) ch. X

(3) p. 77.

de la volonté qui lui serait propre, mais uniquement de donner satisfaction à certains besoins de la vie pratique. L'histoire du droit romain elle-même nous montre que la distinction de la possession et de la détention ne s'est pas produite historiquement sous l'influence de cette idée qu'il fallait une volonté spéciale pour posséder. D'après les partisans de la théorie subjective, en cela disciples fidèles de Paul, le mandataire ne peut avoir la possession parce qu'il n'a pas l'*animus possidendi*. Le mandataire ne veut pas traiter la chose comme sienne, il n'a même pas la volonté d'avoir la possession dans son intérêt. Il n'a d'autre intention que servir d'intermédiaire pour le mandant. Si la théorie subjective doit jamais recevoir une application, c'est assurément à son égard. Il semble, dès lors, qu'une des premières manifestations de cette théorie ait dû se produire dans l'hypothèse du mandat. Et cependant, l'histoire du droit romain nous apprend qu'avant le II^e siècle de notre ère (1), le mandataire devient et ne peut que devenir personnellement possesseur. Jusqu'à cette époque l'absence de l'*animus possidendi* n'est donc pas un obstacle à la possession, ou plutôt l'idée d'un *animus* spécial à la possession n'a pas encore vu le jour. Et comme la distinction de la possession et de la détention existe incontestablement à cette époque, on ne peut pas raisonnablement soutenir que cette idée lui ait donné naissance.

(1) p. 117 et 118.

Mais si l'on reconnaît que notre distinction s'est formée sur le terrain du droit positif, en dehors de toute considération d'intention, ne pourrait-on pas prétendre du moins, que le droit romain développé se laisse guider par la conception d'un *animus* spécial à la possession et que la volonté influe par suite sur la distinction de la possession et de la détention dans la théorie des jurisconsultes classiques ? Ici encore, l'histoire nous prouve que la théorie de la volonté individuelle ou concrète n'a pas été consacrée par le droit romain et la raison nous apprend qu'elle était législativement inadmissible.

Faire dépendre la distinction de la possession et de la détention de la volonté individuelle, c'est tout d'abord donner à la volonté le pouvoir de créer à son gré la possession ou la détention. Qu'un mandataire, par exemple, au moment de la livraison, manifeste la volonté d'acquérir la possession pour lui ou qu'un créancier gagiste, au moment de la remise du gage, déclare ne vouloir posséder qu'au nom du débiteur gagiste, la théorie de la volonté individuelle ou concrète entraîne comme conséquences que le mandataire devient possesseur et que le créancier gagiste n'acquiert que la détention. Le droit romain a rejeté ces deux conséquences (1) et il ne pouvait en être autrement, s'il voulait faire œuvre sage et pratique. Permettre au mandataire infidèle d'arrêter au

(1) Pour le mandataire, l. 13, D. *de don.*, 39, 5. Pour le créancier gagiste, Ihering s'appuie sur ce que les textes ne laissent pas supposer qu'il puisse y avoir gage sans possession du créancier gagiste.

passage, par une simple manifestation de volonté, tous les effets des opérations qu'il accomplit pour le compte du mandant, c'eût été miner du même coup l'institution de la représentation. Donner au créancier gagiste la faculté de ne devenir que détenteur, c'eût été compromettre l'institution même du gage, qui ne garantit sérieusement le créancier qu'autant qu'il est possesseur.

La théorie de la volonté individuelle ou concrète conduit à un second résultat également inadmissible. En effet, si la volonté individuelle est la maîtresse souveraine dans la distinction de la possession et de la détention, elle peut transformer instantanément et aussi souvent qu'il plaira au sujet la détention en possession et la possession en détention. Le droit positif serait donc contraint de suivre la volonté pas à pas dans ses migrations successives, si fréquentes soient-elles, pour reconnaître tour à tour la possession et la détention. L'imagination féconde de Ihering a ici beau jeu pour étaler toutes les « chinoiseries » auxquelles aboutirait la théorie de la volonté individuelle ou concrète. Il nous montre notamment un voleur qui change d'*animus* chaque nuit. Il a tantôt la volonté de posséder ou *animus furandi* et tantôt la volonté de détenir, suivant qu'il se couche avec l'espérance de rester impuni ou qu'il redoute les gendarmes ou les juges.

Hâtons-nous de dire que les partisans de la théorie subjective n'ont jamais admis ces conséquences, qu'ils ont d'ailleurs pour se couvrir la règle : *Nemo ipse sibi*

causam possessionis mutare potest. Cette règle n'en est pas moins la preuve que, d'après le droit romain, la volonté subjective était impuissante à transformer le caractère du rapport possessoire.

Certains auteurs ont cependant soutenu que la volonté individuelle serait souveraine en cas de constitut possessoire, c'est-à-dire pour transformer la possession en détention. Ils ont invoqué en ce sens un témoignage formel de Celsus (l. 18, pr. D. *h. t.*) : « *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere* », confirmé par celui d'Ulpien (l. 77, D. *de rei vind.*, 7, 1). Selon Ihering, il y a là, de la part de Celsus et d'Ulpien, une tentative de construction aussi manquée que celle de Paul relativement à l'*animus possidendi*. Le constitut possessoire suppose la coexistence de deux actes juridiques, dont l'un tend à transférer la propriété de A à B et l'autre tend à l'abandon de l'usage de B à A. Pour épargner les lenteurs d'une double tradition, les juriconsultes romains ont décidé que, par le seul fait de la coexistence des deux actes, l'ancien possesseur en son nom serait constitué possesseur au nom d'autrui. Celsus s'est servi pour justifier cette solution d'une formule trop générale. Il ne suffirait pas à un donateur ou à un vendeur, par exemple, de se déclarer possesseur au nom du donataire ou de l'acquéreur, pour que la tradition soit par cela même réalisée et qu'il devienne immédiatement possesseur au nom d'autrui. Vouloir donner une portée absolue au témoignage de Celsus, c'est ériger « en

principe juridique pratique, en vérité dogmatique ayant une valeur générale, un point de vue constructif établi par un juriste romain dans le but unique de justifier techniquement certain fait juridique (1). » La meilleure preuve que Celsus ne nous rapporte pas une règle de droit romain ayant une portée pratique, c'est que le droit romain lui-même n'a pas admis les conséquences qui en découlaient. Ainsi notamment, les jurisconsultes romains ont toujours décidé qu'en cas de donation de tout un patrimoine, la tradition réelle de chacun des objets était indispensable (2), alors que l'intérêt pratique réclamait, de la manière la plus pressante, que la tradition pût se réaliser par une déclaration du donateur, qu'il entendait désormais posséder au nom du donataire. Ajoutons que cette règle ne pouvait pas être admise, étant donné l'état de la législation romaine. On eût renversé du même coup ce principe fondamental du droit romain : *traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (l. 20, C. de pact., 2, 3).

L'épreuve que Ihering a fait subir à la théorie de la volonté individuelle ou concrète sur le double terrain de l'histoire et de la législation l'amène donc à cette double conclusion que la distinction de la possession et de la détention n'a pas pris et ne pouvait pas prendre naissance, par suite d'une conception *a priori* de la volonté

(1) p. 184.

(2) *Frag. vat.*, § 263 ; l. 42 pr., *De mort. caus. don.*, 39, 6 ; l. 14, § 1, *De her. vend.*, 18, 4.

de posséder, et que, dans le droit romain développé, cette distinction ne dépend pas et ne pouvait pas dépendre de la volonté du sujet dans chaque cas particulier.

IV. Ihering soumet maintenant la théorie de la volonté individuelle ou concrète à une nouvelle épreuve ; celle de la procédure (1). La possession, dit-on, dans cette théorie est toute détention avec une certaine volonté spéciale. Quiconque se prétend possesseur doit par suite prouver, d'une part, l'existence du *corpus*, élément commun à la détention et à la possession, et, d'autre part, l'existence de cet *animus* caractéristique de la possession. Mais la volonté est une force interne qui n'est pas directement perceptible par les sens. Elle est, en outre, quelque chose de subjectif, c'est-à-dire qui peut changer avec la rapidité instantanée de la pensée. Comment, dès lors, faire la preuve de cet élément imperceptible et si mouvant ? On ne peut évidemment la saisir que dans ses manifestations extérieures, et c'est de ce côté que se sont portés les efforts des jurisconsultes. Bien peu, cependant, se sont préoccupés de la question de preuve.

On a tout d'abord songé aux actes matériels que possesseurs et détenteurs accomplissent au regard de la chose pour découvrir dans une diversité de leur ma-

(1) Ch. IX.

nière d'agir la diversité de la volonté qui les anime. Une double liste s'imposait. Il fallait ranger dans une catégorie tous les actes qui peuvent être accomplis indifféremment par un possesseur ou par un détenteur et placer dans une autre catégorie tous les actes que les possesseurs seuls peuvent accomplir. La distinction qui se présente naturellement à l'esprit consiste à reléguer, dans la première classe, tous les actes de gestion, d'usage et de jouissance, qui sont de la compétence des détenteurs et des possesseurs, et à isoler, comme probants en faveur de l'*animus possidendi*, les actes de disposition. Malheureusement, ce système est pratiquement inadmissible. S'il met le simple détenteur dans l'impossibilité de prétendre à l'*animus possidendi*, il enlève du même coup la possibilité de faire la preuve au véritable possesseur, qui n'a pas encore eu le temps d'accomplir des actes de disposition. Aussi la jurisprudence allemande qui, dans l'application du droit des Pandectes, admet la théorie de l'*animus domini* et recherche la preuve de son existence dans les actes matériels accomplis par le possesseur, s'est-elle vue entraînée, en dressant le catalogue des *actus possessorii*, à admettre à côté d'actes que le propriétaire seul peut faire : comme bâtir, démolir, abattre du bois, d'autres actes qui rentrent dans les pouvoirs du simple fermier : comme cultiver, récolter, mener paître le bétail. Donner à ces derniers actes la force de prouver l'*animus domini*, c'était mettre la protection possessoire à la

portée des simples détenteurs. Acculés à cette impasse ou de n'accorder force probante qu'aux actes de disposition et de mettre fréquemment le propriétaire dans l'impossibilité de prouver sa possession, ou de tenir compte des actes d'usage, de jouissance et d'administration et d'admettre par suite l'*animus possidendi* dans les cas de détention, la jurisprudence a eu recours à une présomption de possession. Pour maintenir dans une certaine mesure sa théorie des *actus possessorii*, elle n'admet cette présomption que sur le fondement d'*actus possessorii*, accomplis par le prétendu possesseur.

D'autres auteurs, constatant que les *actus possessorii* ne conduisent à aucun résultat satisfaisant, ont eu la pensée de demander la preuve de l'*animus possidendi* à la *causa possessionis*, c'est-à-dire au titre d'entrée en possession (1). La tradition, qui m'a procuré la détention de l'objet, a-t-elle eu lieu en exécution d'une donation

(1) Remarquons que certains auteurs (Baron et Rudorff, les seuls qui, avant Dernburg, aient eu recours à la *causa* pour prouver l'*animus*) ne demandent à la *causa* que la preuve de l'*animus possidendi*. Ils ne songent pas encore à faire dépendre la distinction de la possession et de la détention, non plus de l'*animus* individuel ou concret, mais de l'*animus* abstrait ou typique, tel qu'il se lie à la *causa possessionis*. Cette distinction leur échappe d'ailleurs complètement. La preuve en est dans ce fait que tout en faisant dépendre la possession de l'*animus possidendi* et en faisant découler la preuve de l'*animus* de celle de la *causa*, ils ne réservent aucunement la possibilité de la preuve d'une volonté contraire, en fait, à celle qui s'induit de la *causa*. M. Dernburg donne à la *causa possessionis* le double rôle de prouver l'*animus* et d'entraîner la distinction de la possession et de la détention.

ou d'une vente, on peut légitimement en conclure que je suis détenteur avec *animus domini*. A-t-elle eu lieu en exécution d'un dépôt ou d'un commodat, elle permet d'en induire que je suis possesseur au nom d'autrui. La *causa possessionis* donne donc sur la nature de la volonté des indications très sûres et très précises. Il semblerait dès lors que la théorie de la *causa possessionis* doive nous donner entière satisfaction sur le terrain de la preuve. Elle serait d'ailleurs, dit-on, formellement consacrée par les textes. On cite à cet égard les paragraphes 166 à 168 de Gaius, la l. 3 pr., D. *uti poss.*, 43, 17 et la l. 1 pr., D. *de superf.*, 43, 18 (1).

Les paragraphes 166 à 168 de Gaius et la l. 3 pr., D. *uti poss.*, ne disent aucunement que la preuve de la *causa possessionis* est requise de celui qui se prétend possesseur. Ils posent seulement cette règle que, pour triompher dans l'interdit *Uti possidetis*, il faut posséder *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Mais il importe de remarquer que ce n'est pas à celui qui affirme sa possession de prouver qu'elle est exempte de l'un de ces trois vices, mais à son adversaire d'établir qu'elle est entachée de l'un de ces trois vices. Quant à la l. 1 pr., D. *de superf.*, 43, 18, elle oblige le superficiaire qui agit au possessoire par l'interdit *de superficiebus* de prouver la *lex locationis sive conductionis*. Ihering ne voit pas

(1) Baron s'appuie sur tous ces textes (*Abhandlungen aus dem preussischen Recht*, Berlin, 1860, p. 4-10) ; Rudorff (append., n° 128) ne s'appuie que sur les §§ 166 à 168 de Gaius.

dans ce texte une règle que l'on pourrait étendre à la preuve de toute possession. Il faudrait distinguer la *possessio juris* de la *possessio rei*. La preuve de la *causa possessionis* serait indispensable pour établir l'existence de la *juris possessio* du superficiaire, de même qu'elle serait indispensable pour prouver la *juris possessio* de l'usufruitier. Le superficiaire et l'usufruitier se servent et jouissent de la chose de la même manière que le locataire. Pour obtenir la protection possessoire, ils doivent établir non pas que la superficie ou l'usufruit existe réellement, mais qu'il y a une *causa possessionis*, c'est-à-dire un titre constitutif de superficie ou d'usufruit. Dans l'action pétitoire, il faudra prouver, en outre, que le titre émane du propriétaire. Dans l'action possessoire, il suffit de prouver l'acte extérieur d'établissement du droit.

Non content de montrer que la théorie de la *causa possessionis* ne trouve aucun appui dans les textes, Ihering s'attache encore à lui faire subir l'épreuve d'une expérience pratique. S'agit-il de la possession mobilière, il arrive à cette conclusion que la preuve de la *causa possessionis* y est presque toujours impossible. Les déplacements de meubles sont si fréquents et généralement d'une importance si minime, qu'ils passent inaperçus dans la vie et qu'on ne prend pas la peine d'en dresser acte. Le possesseur serait le plus souvent dans l'impossibilité de prouver, autrement que par ses affirmations, qu'il a acquis la chose en vertu d'une *causa* fondant la

possession. Ihering affirme même que sur mille objets mobiliers qu'il possède, il ne serait pas en état de fournir la preuve de la *causa possessionis* pour plus de dix d'entre eux, et il ajoute « singulière protection possessoire que celle qui rend des services dans 10 cas et les refuse dans 990 ! » Vis-à-vis des possesseurs de mauvaise foi, la théorie de la *causa possessionis* conduirait à des résultats encore plus choquants. Elle mettrait dans l'alternative ou d'exiger des voleurs et des brigands qu'ils prouvent la cause de leur acquisition (1), c'est-à-dire leur vol, leur usurpation violente ou clandestine, ou de les dispenser de cette preuve et de leur faire par suite une situation préférable à celle des possesseurs de bonne foi. Enfin, elle aurait le grave inconvénient de mettre

(1) Nous rencontrons trois conceptions principales de la *causa possessionis*. Rudorff (append., n° 128) entend par *causa possessionis* : « le fait sur lequel le demandeur base la légitimité relative de son *animus possidendi*. Cette preuve consiste pour le demandeur à établir qu'il a acquis la possession soit par la volonté du défendeur soit par celle d'un tiers, et dans ce dernier cas il importe peu que ce soit du consentement de celui-ci ou contre son gré. » Il écarte donc la *causa possessionis* au cas d'occupation d'une *res nullius*. Dans une autre conception, on oppose la possession fondée sur une *causa* à la possession acquise *vi, clam* ou *precario* (Pernice, *Labeo*, II, p. 191 ; Cuq, *Rech. sur la poss.*, p. 38). On invoque un passage de Cicéron (*De leg. agr.*, III, 11). Ihering donne aux expressions *causa possessionis* un sens très large. Il y voit non seulement « le motif juridique de la possession, dont l'importance se révèle dans le transfert de propriété, mais son mode d'établissement prévu par le droit, de sorte que même l'établissement injuste de la possession, la *vitiosa possessio* tombe sous la règle ». Sa théorie s'appuie principalement sur la L. 40, § 3, D. *h. t.* (Ihering, p. 305). Nous attachons donc ici aux mots *causa possessionis* le sens que leur donne Ihering.

la protection possessoire à un prix, au moins, aussi élevé que celui de la protection pétitoire par l'action publicienne. Pour triompher dans l'action publicienne, il suffit, en effet, de prouver qu'on a acquis la chose en vertu d'une *causa adquirendi ejus quod nostrum non sit* (1). Tous les possesseurs de bonne foi négligeraient les interdits possessoires pour agir par l'action publicienne, qui leur procure une protection définitive. Les possesseurs de mauvaise foi seuls se serviraient des interdits, de telle sorte que ceux-ci n'auraient d'autre raison d'être que de protéger les voleurs et les brigands. Ihering montre même que la preuve serait plus difficile dans l'interdit *utrubi* que dans l'action Publicienne, puisque le possesseur devrait prouver, en plus de la *causa possessionis*, qu'il a possédé pendant la plus grande partie de l'année qui a précédé la délivrance de l'interdit.

De toute cette discussion, Ihering conclut que la théorie de la *causa possessionis* est pratiquement insoutenable. Mais il est intéressant de remarquer qu'ici, comme pour les *actus possessorii*, ceux qui maintiennent dans l'application pratique la théorie de la *causa possessionis* ont recours à une présomption et décident que toute détention est présumée (2) acquise en vertu d'une *causa possessionis*. Donc, qu'on demande la preuve de l'*animus possidendi* soit aux *actus possessorii*, soit à la *causa possessionis*, on est toujours contraint, lorsqu'on abandonne

(1) L. 3, § 24, D. h. t.

(2) Dernburg, *Pandekt.*, § 172.

le domaine de l'abstraction pour prendre contact avec la réalité des faits, de recourir à une présomption. C'est de cette manière, du reste, que les rédacteurs du Code Civil, partisans de l'*animus domini*, ont résolu la question dans les articles 2230, 2231 et 2234. Ihering leur en témoigne toute son admiration. « Ils ont ainsi montré, nous dit-il, une intelligence des difficultés de la théorie courante et un bon sens pratique que je ne saurais assez louer. »

La seule issue que la théorie ait encore sur le terrain de la procédure, est donc la présomption de possession. Ihering examine maintenant si cette présomption est admise par le droit romain. Auparavant, il veut procéder à un nouvel examen de la théorie des présomptions et délimiter leur domaine. « La protection juridique accordée par le juge a pour condition la preuve de l'existence des conditions légales auxquelles la loi a attaché le droit. La preuve est le prix auquel le juge accorde cette protection et que doivent payer tous ceux qui l'interrogent » (1). Régulièrement le demandeur devrait prouver l'existence de toutes ces conditions légales. Pratiquement, on le décharge souvent de la preuve de l'un ou de plusieurs de ces éléments et on impose au demandeur la preuve de leur non-existence. On peut le faire de deux manières : « soit *par la procédure*, en établissant, tout exprès, une *règle de preuve*, autrement dit

(1) p. 123.

une *présomption*....., soit *par le fond du droit*, en divisant les conditions légales en une partie *positive* dont la preuve incombe au demandeur, et en une partie *négative*....., dont la preuve incombe au défendeur » (1). Selon Ihering, on confond bien souvent ces deux formes et l'on parle dans les deux cas de *présomption*. Dans certains cas, cependant, la confusion n'est pas faite et ne peut d'ailleurs avoir lieu. Ainsi en matière de *mutuum*, la présomption que le prêteur est propriétaire des deniers est bien une condition positive (propriété des deniers) *présumée*. La présomption de paternité « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » est également une condition positive (tel enfant engendré de tel homme) *présumée*. Dans un grand nombre d'hypothèses, au contraire, les jurisconsultes romains ou modernes parlent de *présomptions* alors que, techniquement, il n'y a que des conditions *négatives*. L'usucapion nous en fournit plusieurs exemples. Les obstacles à l'usucapion, comme l'interruption ou les vices qui rendent la chose insusceptible d'être usucapée, sont fréquemment désignés comme des conditions positives. On parle de *res habilis*, de *possessio continua*. La conséquence est qu'on *présume* l'aptitude à être usucapée et la continuité de la possession. De même, la bonne foi que tous les auteurs signalent comme une condition positive *présumée* ne serait, d'après

(1) p. 130.

Ihering, qu'une condition négative : l'absence de mauvaise foi. Cette condition conduit ainsi à allonger démesurément la liste des présomptions. Partout où la preuve incombe au défendeur, il pourrait être question d'une présomption. On pourrait même parler de présomption « dans tous les cas où le défendeur oppose à l'action une exception qu'il doit prouver » (1). Il y aurait lieu dès lors de présumer pour l'obligation qu'elle n'est pas éteinte, pour l'acte juridique qu'il n'a pas été arraché par contrainte, etc... Pratiquement, il n'y a aucun inconvénient à voir ainsi partout des présomptions puisque la preuve incombe dans tous les cas au défendeur. « Mais le théoricien qui doit parler correctement, dans les questions de technique, ne peut, à mon avis, perdre cette distinction de vue, et il doit savoir partout s'il doit ranger sous l'une ou l'autre catégorie l'élément que le demandeur n'a pas besoin de prouver » (2). Ihering propose un critérium de distinction : « La présomption, dit-il, n'a sa véritable place que là où il s'agit d'une réalité à soutenir par la partie et non de la résistance à de simples possibilités » (3). Quoi qu'il en soit de la distinction théorique entre les présomptions et les conditions négatives, Ihering reconnaît qu'elles procèdent de la même idée : décharger le demandeur de la preuve d'un élément qui existe presque toujours et imposer la

(1) p. 133.

(2) p. 133.

(3) p. 133.

preuve de sa non-existence au défendeur, de telle sorte qu'on ne contraigne pas à faire une preuve qui 90 fois sur 100 est inutile, tout en laissant la possibilité de faire la preuve contraire dans les 10 cas où elle a sa raison d'être. Ce procédé est d'autant plus nécessaire que la preuve à fournir serait plus difficile. Si l'on suppose, par exemple, un élément qui se rencontre 99 fois sur 100 et que la preuve, à raison de sa difficulté, ne permette au demandeur d'établir l'existence de cet élément que 10 fois sur 100, il est évidemment préférable de mettre la preuve de la non-existence de cet élément à la charge du défendeur. La preuve sera peut-être plus facile pour ce dernier. En tout cas, la justice ne sera mise en échec que dans 1 cas sur 100 au lieu de 90 fois sur 100. En résumé, ce sont des considérations statistiques, qui, d'après Ihering, déterminent le législateur à décharger le demandeur de la preuve, soit en établissant des présomptions, soit en donnant à certains éléments un caractère négatif. Cette théorie trouverait sa confirmation dans les exemples de présomptions et de conditions négatives. La présomption de propriété, en matière de prêt, se justifierait parfaitement « au point de vue statistique ». Ihering estime que « sur plusieurs millions de cas où le prêteur est propriétaire, il y en a peut-être un seul où il ne l'est point » et il en conclut que « ce serait ici à coup sûr heurter le bon sens que d'exiger la preuve de la propriété » (1). Les

(1) p. 138.

mêmes remarques s'imposeraient pour la présomption de paternité et pour la « prétendue présomption » de bonne foi. Ihering soumet alors la distinction de la possession et de la détention « à l'épreuve de la statistique ». Les résultats auxquels il aboutit sont les suivants : pour les choses mobilières, les cas de possession sont infiniment plus nombreux que les cas de détention, ils sont entre eux dans des proportions qui varient suivant les objets et les époques entre $1/1000$ et $1/100000$; « pour les choses immobilières, la proportion numérique des cas de détention aux cas de possession doit avoir été tout autre à Rome, en particulier dans les derniers temps ; mais il est certain que les cas de possession ont été beaucoup plus nombreux » (1).

Ces données de la statistique tracent au législateur la voie qu'il doit suivre dans la réglementation de la preuve en notre matière. Il doit décharger le demandeur de l'obligation de prouver sa possession et mettre à la charge du défendeur la preuve que son adversaire n'est qu'un simple détenteur. Deux procédés s'offrent au législateur : ou reconnaître une présomption, ou faire de l'élément différenciateur entre la possession et la détention une condition négative. Le Code Civil français a adopté le premier procédé ; le droit romain, d'après Ihering, aurait adopté le second. Notre auteur se contente pour le moment d'établir que le droit romain n'a

(1) p. 149.

pas admis la présomption de possession, se réservant de montrer plus tard que la distinction de la possession et de la détention y repose sur un élément négatif. Pour affirmer que le droit romain n'admet pas la présomption de possession, Ihering s'appuie sur le § 2 des *Sent. Rec.* de Paul, V, 11, le seul texte qui, selon lui, s'occupe de la question de preuve :

« *Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit; ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.* »

Non seulement, ce texte dirait très nettement que la preuve du *corpus* suffit pour établir l'existence de la possession, sa rédaction montrerait même que la présomption de possession n'est pas admise par le droit romain. « Les mots *ideoque sufficit*, nous dit Ihering, ne s'expliqueraient point dans cette hypothèse; car une présomption ne s'établit point par voie de conclusion tirée de l'objet de la preuve » (1). Si les interprètes cherchent à introduire la présomption de possession dans le droit romain, c'est parce qu'ils veulent se sauver de l'impasse dans laquelle ils se sont engagés en admettant la théorie subjective (2).

(1) p. 146.

(2) Ihering n'a examiné que d'une manière tout à fait insuffisante la théorie des présomptions de fait, c'est-à-dire des présomptions qui peuvent exister sans texte. Cette théorie avait été exposée avec beaucoup de précision par Randa, *Der Besitz*, 3^e éd., § 12, sous le nom d'« Indizienbeweis ». Pour réfuter la théorie de Randa, Ihering se contente d'affirmer que Randa n'a fait que mentionner la preuve

V. Reste une dernière épreuve à faire subir à la théorie de la volonté individuelle ou concrète : c'est celle des textes. Ihering reconnaît immédiatement que cette théorie trouve son appui dans deux textes de Paul (l. 37, D. *de pign. act.*, 13, 7 et l. 1, § 20, D. *h. t.*). Il y est, en effet, dit expressément que le locataire et le mandataire ne possèdent pas, parce qu'ils n'ont pas l'*animus possidendi*. L'erreur des interprètes est d'avoir pris pour une règle de droit positif une simple remarque théorique, personnelle au jurisconsulte Paul, et n'ayant pas dans sa pensée d'autre portée, que « de justifier rationnellement la règle de droit positif que les représentants et les fermiers n'ont que la détention » (1). Pour établir que cette mention d'un *animus* spécial à la possession est un « point de vue constructif » personnel à Paul, et non une règle de droit romain, Ihering nous met successivement devant les yeux des textes qui reconnaissent l'existence de la possession là où il n'y a que la volonté de détenir, et des textes qui n'admettent que la détention là où l'appréhendant a la volonté d'acquérir pour lui-même.

Il trouve quatre hypothèses où les textes décident qu'il y a possession bien qu'il y ait simple volonté de détenir.

par indices, sans ajouter un seul mot à ce sujet. Il y aurait trouvé une réfutation, sinon complète, du moins très satisfaisante pour le droit romain, de cet argument qu'il ne peut y avoir de présomption sans texte.

(1) p. 229.

La première suppose qu'un homme libre, se croyant esclave (*liber homo bona fide serviens*), joue le rôle d'*acquirens* dans une tradition translativ de propriété. Il n'a que la volonté d'acquérir pour son maître, et, malgré cela, la l. 21, pr., *de adq. rer. dom.*, 41, 1, décide qu'il acquiert pour lui-même possession et propriété.

La seconde hypothèse est prévue par la l. 44, § 4, D. *de usurp.*, 41, 3. Un fils de famille, ignorant le décès de son père, se porte acquéreur d'une chose. Dans sa pensée, il croyait agir pour le compte de son père et n'avait évidemment que la volonté de détenir pour lui. Papinien ne l'en déclare pas moins possesseur, dès l'instant de la tradition.

Le paragraphe 7 de cette même l. 4 nous donne un troisième exemple. Il suppose qu'un fils de famille, n'agissant pas *ex causâ peculii*, se porte acquéreur à une époque où le *paterfamilias* est tombé en captivité. Le *paterfamilias* meurt captif. En vertu de la fiction que le captif mort en captivité est censé mort le jour où il a été fait prisonnier, Papinien décide que le fils de famille doit être considéré comme possesseur dès l'instant de la tradition. Il a donc acquis la possession, bien qu'il n'ait que la volonté de détenir pour son père.

Enfin, la l. 21, D. *de usurp.*, 41, 3, suppose qu'un propriétaire, dans l'ignorance de son droit de propriété, prend à bail la chose qui lui appartient. Javolénus décide expressément que le contrat de bail ne se forme pas et que le prétendu bailleur perd la possession.

Ihering en conclut que le propriétaire doit acquérir la possession. Sans cela, la chose serait sans possesseur.

En sens inverse, il y a certains textes qui n'admettent que la détention là où il y a volonté de posséder pour soi. Ihering en signale deux.

Dans la l. 13, *de don.*, 39, 5, Ulpien refuse la possession au mandataire, qui, au moment de l'appréhension, manifesterait la volonté d'acquérir pour lui. Malgré cette volonté, tous les effets de l'opération ne s'en réaliseront pas moins en la personne du mandant. Le mandataire n'acquerra donc que la détention, bien qu'il ait manifesté la volonté d'acquérir pour lui.

Le second texte mentionné par Ihering est la l. 60, § 1, D. *loc. cond.*, 19, 2. Il prévoit l'hypothèse où l'héritier d'un fermier appréhende l'immeuble loué. D'après cette loi, l'héritier n'est jamais qu'un simple détenteur. Comme cette loi est conçue en termes généraux et ne fait aucune distinction, Ihering en conclut que l'héritier du fermier serait simple détenteur, alors même qu'il croirait son auteur propriétaire de l'immeuble loué et qu'il l'aurait appréhendé avec cette conviction.

A ces textes, Ihering ajoute ceux qui, s'occupant de l'hypothèse d'une tradition sous condition suspensive, décident que l'*accipiens* deviendra possesseur, dès l'arrivée de la condition, avant qu'il ait eu connaissance de la réalisation de la condition et avant, par conséquent, qu'il ait pu concevoir un *animus possidendi* (l. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4 ; l. 38, § 1, D. *h. t.*).

La théorie de l'*animus possidendi* de Paul est donc formellement condamnée par plusieurs décisions des sources. Il n'y a pas là une règle du droit positif romain, mais uniquement une tentative de construction juridique, sans influence aucune sur le fond du droit. Ces constructions juridiques n'ont qu'une importance technique et de pure forme, « ce ne sont que des formes données à la conception juridique pour tâcher de rendre accessibles et compréhensibles à la pensée certains faits isolés qui, sans elle, devraient être simplement enregistrés comme faits de droit positif, en les faisant entrer dans ce que j'appellerai l'appareil logique du droit (1) ». Si elles sont d'accord avec les règles du droit positif, les juriconsultes peuvent les accepter à titre de simplification, sinon, ils doivent les rejeter. La tentative de Paul est certainement manquée : elle va à l'encontre de plusieurs solutions des textes. Nous devons donc n'en tenir aucun compte.

VI. Les épreuves successives que Ihering vient de faire subir à la théorie de la volonté individuelle ou concrète l'ont amené à conclure qu'elle est inadmissible et qu'elle n'a pas été admise par le droit romain. A chaque épreuve, Ihering a fait également porter son examen sur la théorie de la volonté abstraite ou typique. Nous groupons ici les résultats auxquels il aboutit. Selon lui, cette nouvelle forme de la théorie subjective se concilierait par-

(1) p. 229.

faitement avec les textes, elle serait admissible au point de vue législatif, mais ne pourrait supporter l'épreuve de l'histoire et de la procédure.

L'histoire de la législation romaine en ce qui concerne le mandataire serait la condamnation de la théorie subjective de la *causa possessionis*. A ne consulter que Paul (l. 1, § 20, D. *h. t.*), l'*animus alieno nomine possidendi* se lie à la qualité de mandataire. La possession aurait donc dû être refusée à toute époque au mandataire, puisque son titre implique la volonté de posséder au nom d'autrui. Or, l'histoire du droit romain nous apprend que, jusque vers le II^e siècle de notre ère, le mandataire devint toujours possesseur en son nom. N'est-ce pas la preuve formelle que la volonté, même abstraite ou typique, reste sans influence sur l'existence de la possession ou de la détention ?

Au point de vue de la procédure, la théorie subjective de la *causa possessionis* conduit à cette alternative, dont les deux termes sont, de l'avis de Ihering, également inadmissibles : ou obliger le demandeur à prouver l'existence de la *causa possessionis*, ou présumer l'existence de cette *causa*.

Pour ces raisons, Ihering rejette la théorie de la volonté abstraite ou typique qu'il avait enseignée pendant quarante ans.

VII. *Théorie objective.* — La théorie de la *causa possessionis* nous a permis de constater que la distinc-

tion de la possession et de la détention dépend bien plutôt du droit positif que de la volonté des particuliers. La critique de cette théorie nous a montré qu'il n'était pas possible de faire découler la distinction des *causae possessionis* et des *causae detentionis* d'une conception *a priori* de la volonté de posséder, mais de considérations pratiques. On pourrait parfaitement concevoir une théorie objective de la *causa possessionis*, dans laquelle le droit positif, mû par l'intérêt pratique, interviendrait pour attacher la protection possessoire à certaines situations juridiques et ferait par suite de celles-ci des *causae possessionis*. Ihering ne s'arrête pas à cette forme de la théorie objective. Comme la théorie subjective de la *causa possessionis*, elle aurait le grave défaut d'exiger du demandeur la preuve de la *causa possessionis* : ce qui serait aller à l'encontre du § 2 des *Sent. Rec.* de Paul, V, 11 (1). Il cherche alors une forme de la théorie objective dans laquelle le demandeur soit, sans le secours d'aucune présomption, déchargé de toute preuve autre que celle du *corpus*. Pour atteindre ce résultat, il faut, comme Ihering nous l'a dit précédemment, faire de l'élément différenciateur entre la possession et la détention une condition négative de la protection possessoire. Il arrive ainsi à faire de la disposition du droit positif, qui sépare la détention de la possession, non pas une règle qui consacre la possession

(1) p. 307.

dans certains cas, mais une règle qui, dans certains cas, fait obstacle à la possession en créant des *causae detentionis*. La possession est donc la règle. Le droit positif crée des exceptions en refusant les interdits possessoires dans certaines hypothèses. C'est au défendeur à prouver l'existence de cette règle de droit positif, qui fait obstacle à la possession. On pourrait donc appeler la théorie de Ihering la théorie objective de la *causa detentionis* par opposition à la théorie objective de la *causa possessionis*.

VIII. Ihering se préoccupe d'abord de prouver qu'il n'y a pas de différence de principe entre la possession et la détention, que toutes deux réclament les mêmes éléments et que, par suite, la disposition du droit positif constitue seule une différence entre elles.

La possession et la détention ne sont, d'après lui, que les deux faces d'un même rapport : le rapport possessoire, auquel il faut opposer le simple rapport de proximité locale. Ce dernier n'est que le rapprochement matériel d'une personne et d'une chose, d'une manière purement accidentelle et non voulue. Qu'un fou dans son délire s'empare d'un objet, qu'un passant dépose un objet dans la main d'un homme endormi (1) sur le bord de la route, il n'y a là qu'un simple rapport de proximité locale. Ce rapport est sans aucune

(1) L. 4, § 3, D. *h. t.*

valeur juridique. Pour entrer dans le domaine du droit, il faut que la volonté intervienne pour le transformer en rapport possessoire.

Mais il importe de remarquer que le rapprochement matériel de la personne et de la chose qui constitue le rapport de proximité locale n'est pas encore le *corpus*. Celui-ci ne « peut exister sans l'*animus*, pas plus que l'*animus* sans le *corpus*. Tous deux naissent en même temps par l'incorporation de la volonté dans le rapport avec la chose ». « Le *corpus* et l'*animus* sont entre eux comme la parole et la pensée. Dans la parole s'incorpore la pensée restée jusqu'à ce moment purement interne ; dans le *corpus* s'incorpore la volonté restée jusqu'à ce moment purement intérieure. » « La juxtaposition locale n'a d'autre importance que d'être la condition indispensable de la réalisation de la volonté de posséder, mais elle ne devient le *corpus* qu'au moment où la volonté lui imprime le sceau du rapport possessoire (1). » Si la juxtaposition locale renfermait déjà, en soi, le *corpus*, les jurisconsultes romains se seraient contentés, pour que le rapport possessoire prit naissance, d'une manifestation quelconque de la volonté et n'auraient pas exigé une manifestation réelle de volonté, comme le prouvent notamment la l. 3, § 3, la l. 44, D. *h. t.*, et la l. 15, D. *ad exhib.*, 10, 4. Mais lorsque l'acte d'appréhension se réalise, le *corpus* et

(1) p. 31.

L'*animus* prennent naissance et le rapport de proximité locale se transforme en rapport possessoire. Ce rapport possessoire comprend évidemment la possession qui réclame certainement le *corpus* et l'*animus*, mais il comprend même la détention. La détention n'est pas, en effet, le simple contact corporel d'une personne et d'une chose : c'est un lien matériel et volontaire qui unit extérieurement une personne et une chose. Les textes consacrent formellement cette notion de la détention lorsqu'ils exigent l'*intellectum possidendi* dans la personne de l'esclave et du fils de famille, qui acquièrent pour le chef de famille (1), ou lorsqu'ils refusent la possession au maître, qui fait appréhender la chose par un esclave atteint d'aliénation mentale (2). D'ailleurs, tandis que le rapport de proximité locale est un simple fait sans aucune valeur juridique, la détention produit déjà certains effets en droit. Elle donne le droit de légitime défense et est sanctionnée par certaines actions (*actio injuriarum*, interdits de *loco publico fruendo*, *quod vi aut clam* et même la pétition d'hérédité) (3).

La possession réclame incontestablement cette *affectio tenendi*, que nous rencontrons dans la détention. La théorie subjective soutient que la possession exige, en outre, un *animus* spécial qui viendrait s'ajouter à l'*animus tenendi*. Nous avons vu que cette théorie est

(1) L. 1, § 9, D. h. t.

(2) L. 1, § 40, D. h. t.

(3) p. 40 et ssv.

inadmissible et n'a pas été admise en droit romain. L'*animus* dont il est question en droit romain n'est que cette *affectio tenendi*. Paul nous en fournit une preuve convaincante. Dans le § 3 de la l. 1, D. *h. t.*, où il s'occupe de personnes qui veulent acquérir la possession, il se sert des expressions *affectio tenendi* et dans le § 9 de cette même loi, où il s'occupe des personnes qui veulent acquérir la détention, il parle d'*intellectum possidendi*. S'il y avait une différence théorique entre la volonté requise pour la possession (*possidere*) et la volonté suffisante pour la détention (*tenere*), le langage nous en eût conservé la trace et les juristes ne se seraient pas servis indifféremment des expressions *affectio tenendi* et *intellectum possidendi* (1).

En résumé, la possession et la détention réclament la réunion des deux mêmes éléments, le *corpus* et l'*animus*. L'*animus* est la simple volonté d'appréhender la chose et de la garder. Le *corpus* et l'*animus* sont indissolublement liés, de telle sorte que la preuve du *corpus* entraîne par elle-même la preuve de l'*animus*.

IX. Après avoir ainsi établi qu'il n'y a théoriquement aucune différence entre la possession et la détention, et notamment que la volonté du possesseur et celle du détenteur sont identiques, Ihering en arrive à rechercher l'élément différenciateur de la possession et de la détention. Selon lui, cette distinction a sa cause « dans

(1) p. 38.

ce fait que, mû par des motifs pratiques, le droit a, dans certains rapports, enlevé les effets de la possession au concours cependant parfaitement réalisé de toutes les conditions légales de cette dernière (1) ». L'élément différenciateur est une disposition de droit positif, qui, pour des raisons d'intérêt pratique, fait, dans certains cas, obstacle à l'existence de la possession.

Cette conception du facteur qui différencie la possession de la détention se justifierait facilement en ce qui concerne les cas de « détention non contractuelle » (2). S'agit-il de *res extra commercium*, il y a une règle de droit positif qui fait ici obstacle à l'existence de la possession. Afin d'écarter toute appropriation privative et de conserver ainsi les choses à leur destination, le droit positif décide que la possession et la propriété ne seraient pas possibles à leur égard. S'agit-il de personnes en puissance, le droit positif les déclare incapables de posséder. Leur reconnaître la possession serait leur donner la faculté d'attirer le chef de famille en justice : les mœurs romaines s'opposaient à un pareil état de choses. L'obstacle à la possession, c'est la puissance du chef de famille. Si cet obstacle n'existe que dans la pensée du sujet et non en réalité, l'acquisition de possession se réalise. Ainsi, le fils de famille devient possesseur de toutes les choses qu'il acquiert

(1) p. 45.

(2) pp. 51 et ssv.

après la mort de son père, même lorsqu'il ignore le décès de celui-ci (loi 44, § 4, D. *de usurp.*, 44, 3). De même, l'homme libre qui se croit à tort esclave acquiert la possession pour lui et non pour son maître (loi 21, D. *de adq. rer. dom.*, 44, 1). Dans les deux cas, l'obstacle à la possession, c'est-à-dire la puissance du *paterfamilias* ou du maître n'existe pas en fait et la possession est possible. Un troisième cas de détention contractuelle confirme encore la théorie de Ihering : c'est celui relatif aux biens des absents. Celui qui s'empare d'un meuble ou qui envahit un immeuble possédé par un absent ne peut en acquérir la possession tant qu'il dure l'absence. Le droit positif fait ici obstacle à l'acquisition de possession, afin que les absents ne soient pas dépouillés sans pouvoir se défendre. Dès que l'absence cesse, l'obstacle disparaît et l'acquisition de possession est immédiatement possible.

Ihering s'efforce ensuite de prouver que l'élément différenciateur entre la possession et la détention garde les mêmes caractères, lorsqu'il s'agit des cas de détention contractuelle. La l. 21, D. *de usurp.*, 44, 3, lui semble contenir la preuve formelle que cet élément différenciateur se présente, ici encore, comme un obstacle à l'existence de la possession. En effet, dans l'espèce, le contrat de bail ne se forme pas et il en résulte cette conséquence que l'*accipiens* acquiert la possession parce que l'obstacle à la possession ne prend pas naissance (1).

(1) p. 64.

Une dernière tâche incombait à Ihering : celle de montrer que le droit positif, en dépouillant certains rapports possessoires des avantages de la possession, s'était bien laissé guider par des considérations d'intérêt pratique. Sur ce point, Ihering précise sa théorie avec beaucoup de soin. Il a, en effet, choisi le terrain de la possession pour faire une expérience de sa « méthode téléologique ». Il lui importe, dès lors, de bien établir l'influence du « but » sur la formation de notre distinction. Cette partie du travail de Ihering ne peut se résumer (1). Nous ne pouvons qu'indiquer sommairement les idées maîtresses qui la dominent.

Selon Ihering, la distinction de la possession et de la détention est quelque chose de tellement arbitraire qu'elle suppose déjà une très grande puissance d'abstraction juridique. En effet, les cas de détention nous présentent cette situation tout à fait anormale que la possession est refusée à une personne (le détenteur), qui réalise en elle toutes les conditions requises pour la possession : *animus* et *corpus*, tandis qu'elle est reconnue au profit d'une personne qui ne réunit pas toutes ces conditions puisqu'elle n'a pas personnellement le *corpus*. Nous sommes là en présence d'une conception très raffinée que les juristes romains n'eussent peut-être jamais imaginée, s'ils ne l'avaient trouvée inscrite dans les faits (2).

(1) Ch. VIII, XVI et XVII.

(2) p. 83.

De tout temps, les chefs de famille se sont servis des personnes qui sont en leur puissance pour administrer, cultiver et augmenter le patrimoine de la famille. Les chefs de famille n'en continuent pas moins à posséder. Les esclaves et les enfants ne peuvent intenter aucune action soit contre les tiers, soit contre le chef de famille, « ce qui signifiait en matière de possession que, dans le sens du droit, ils ne pouvaient posséder, c'est-à-dire qu'ils ne faisaient que détenir (1) ». Ihering trouve la preuve que la maison romaine est le berceau de la notion de détention dans deux locutions *possessio naturalis* et *in possessione esse* qui servent à l'époque classique pour désigner la simple détention et qui, dans leur sens original, devaient désigner, l'une, cette possession, si conforme à la nature des choses et sans valeur juridique, des personnes en puissance, l'autre, cette co-possession des personnes en puissance avec le chef de famille (2).

Cette notion de la détention quitta la maison romaine et s'appliqua à certains rapports contractuels. On la rencontra partout où l'intérêt réclamait, comme pour la détention des personnes en puissance, que certaines personnes restassent sous la dépendance d'une autre. Cette extension se fit d'abord aux fermiers et aux locataires de maison (3). Ihering conjecture que les premiers fermiers et locataires n'étaient que des co-possesseurs.

(1) p. 88. 2.

(2) pp. 89, et ssv.

(3) pp. 400 et ssv.

On n'aurait affermé, au début, qu'une partie de champ, on n'aurait loué qu'un étage de maison ou qu'une chambre. En outre, les premiers fermiers et locataires auraient été de condition inférieure. Les propriétaires auraient voulu garder la faculté de les expulser à tout moment et le droit de vendre à leur gré. Pour atteindre ce but, le droit positif aurait fait des fermiers et locataires de simples détenteurs (1).

Une fois émancipée de la maison romaine, la notion de détention s'étendit rapidement à d'autres rapports contractuels (2). La dernière phase de cette évolution se rencontre dans l'application de la notion de détention aux rapports de représentation par des personnes libres. Cela se fit par l'admission de la représentation indirecte au deuxième siècle de notre ère (3).

A travers cette évolution historique, la notion de détention repose toujours sur le même motif pratique (4). Nous avons vu que pour la détention par des personnes en puissance et pour la détention des biens d'un absent, l'intérêt du *dominus possessionis* était le motif pratique qui avait mis obstacle à la protection juridique du détenteur. Il en est de même aux cas de détention contractuelle. L'intérêt du *dominus possessionis* réclame le « maintien intact de sa position juridique (5) » vis-à-

(1) p. 311.

(2) pp. 116 et 117.

(3) pp. 117 et 118.

(4) pp. 309 et 310.

(5) p. 310.

vis des tiers pour enlever au détenteur la possibilité de concéder la possession à d'autres et de contraindre ainsi le *dominus* à agir au pétitoire, et vis-à-vis des détenteurs pour pouvoir les expulser à toute époque et vendre le fonds sans aucune entrave. Cette théorie se justifie tout particulièrement en ce qui concerne les fermiers et les locataires à temps.

« Toutes les fois que le but poursuivi ne comporte point cette situation dépendante donnée à celui qui tient la chose, il ne peut y avoir lieu à détention, et il faut la possession (1). »

Tel est le cas du créancier gagiste (2). En faire un simple détenteur, « cela équivaudrait à dire : le débiteur peut en tout temps lui arracher la chose de sa seule autorité ». Ce serait même, au dire de Ihering, arriver à cette solution bizarre que le créancier gagiste « aurait été protégé au pétitoire et non au possessoire (3) ».

Il y a trois cas où Ihering croit trouver une démonstration péremptoire de la théorie du but (4). Nous avons, en effet, en droit romain, trois rapports contractuels qui comportent tantôt la possession et tantôt la détention : ce sont le mandat, le louage et le dépôt. Il ne peut être question ici de différences théoriques : l'intérêt pratique seul a pu déterminer cette diversité de

(1) p. 312.

(2) pp. 312 et 313.

(3) p. 313.

(4) pp. 313 et ssv.

solution. Le mandataire agissant à titre de représentant indirect, le fermier héréditaire et le dépositaire séquestre auraient la possession, parce que, s'ils n'étaient que de simples détenteurs, le co-contractant possesseur pourrait les expulser à son gré, ce qui serait contraire au but même de ces contracts.

Ihering poursuit d'ailleurs sa démonstration dans le détail. Nous ne pouvons l'y suivre (1). Il nous suffit d'avoir saisi la pensée qui le dirige.

En résumé, d'après Ihering, lorsque le *corpus* et l'*animus* sont réunis, il y a toujours possession à moins qu'une disposition de droit positif, pour des raisons d'intérêt pratique, ne vienne statuer par exception que tel rapport possessoire sera dépouillé des avantages de la possession.

X. L'examen de la théorie de Ihering a pu nous convaincre de la révolution que le savant romaniste allemand prétend opérer dans notre matière (2). L'autorité de son nom est telle et sa thèse si puissamment conçue que sa théorie reçoit immédiatement l'adhésion importante de M. Baron (3). Depuis MM. Zoll (4), Salkows-

(1) V. tout le ch. XVII.

(2) M. Pininski, élève de Ihering, fait paraître pendant l'impression du *Der Besitzwille*, le tome II de son *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*. Il y reproduit, dans une forme personnelle, la théorie de la volonté abstraite ou typique, qu'Ihering enseignait depuis plus de 40 ans

(3) *Jahrbücher* de Ihering, t. 29, p. 192-247, t. 30, p. 197 et ssv.

(4) *Zschr.* de Grünhut, t. 17, p. 697-707.

ki (1), Jean Appleton (2), Vermond (3) et Ubbelohde (4) ont adopté, parfois avec des divergences de détail, la thèse fondamentale de Ihering, d'après laquelle la distinction de la possession et de la détention ne repose pas, même théoriquement, sur une diversité de volonté.

Un examen plus scrupuleux des textes a décidé un grand nombre de jurisconsultes à maintenir la théorie subjective. La théorie de Ihering a cependant eu pour résultat de les faire prononcer, presque tous, expressément, en faveur de la théorie de la volonté abstraite ou typique, ou théorie subjective de la *causa possessionis*. Citons principalement : en France, MM. Saleilles (5), Cuq (6) et Audibert (7) ; en Allemagne, MM. Kuntze (8), Klein (9), Hirsch (10), Karlowa (11), Hruza (12) ; en Italie,

(1) *Institutionen*, 6^e édit., 1892, p. 209.

(2) *Essai sur le fondement de la protection possessoire* (thèse Lyon), 1892, p. 93.

(3) *Traité de la possession*, 1895, III^e partie.

(4) *Pandektencommentar* de Glück, Serie der Bücher 43 und 44, V. Theil, p. 525 et ssv.

(5) *Eléments constitutifs de la possession*, p. 91 et ssv. ; p. 211 et ssv.

(6) *Recherches sur la possession*, p. 48.

(7) *Nouv. rev. hist.*, 1895, p. 417.

(8) *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering*, 1890, v. notam. p. 31 et ssv., 54-73.

(9) *Sachbesitz und Ersitzung*, 1891, p. 28-30 ; p. 77 ; p. 439.

(10) *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes*, 1892, p. 15-51, p. 537-705.

(11) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 331 et ssv. et notamment, p. 332, n^o 1.

(12) *Der Sachbesitzerwerb corpore et animo* dans *Zschr. de Grünhut*, 1897, p. 224 et 225.

MM. Ascoli (1) et Riccobono (2). Quant à Windscheid, MM. Dernburg et Randa, ils ont gardé les positions qu'ils avaient antérieurement prises.

(1) Compte rendu critique du *Der Besitzwille* dans *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 2^e année, fasc. 6, p. 298 et ssv.

(2) *La teoria del Possesso nel Diritto Romano* dans *Archiv. giuridico*, 1893, t. 50, p. 227-281, v. notam. p. 281.

TROISIÈME PARTIE

RECHERCHE D'UNE SOLUTION.

Après avoir interrogé les jurisconsultes romains eux-mêmes et avoir recueilli à travers la doctrine les échos de leur voix, nous devons à notre tour nous faire l'interprète de leur pensée. Il nous importe auparavant de démêler de cette multiplicité d'opinions si divergentes les impressions dominantes que l'étude de la doctrine a laissées dans notre esprit. Notre premier soin sera donc de fixer l'état même de la question et de préciser les termes dans lesquels elle se présente après un travail de treize siècles (ch. I^{er}). Ce regard en arrière et cette méditation du passé nous mettront en présence de deux grands courants : la théorie objective et la théorie subjective. L'examen critique de la théorie de Ihering, le principal représentant de la théorie objective nous fournira l'occasion de prendre parti sur ces deux théories (ch. II). Les développements précédents, nous ayant amené à distinguer très nettement le point de vue historique et le point de vue dogmatique, nous

étudierons successivement notre distinction à ce double point de vue (ch. III et IV). Nous résumerons enfin dans quelques conclusions les résultats que nous croyons pouvoir dégager de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

ÉTAT DE LA QUESTION.

I. Quand nous voulons dominer toutes les opinions émises pour embrasser d'un coup d'œil d'ensemble les différentes positions occupées par la doctrine et suivre d'un pas rapide, à travers les écoles ou simplement les tendances diverses, l'évolution de la pensée juridique en notre matière, nous sommes frappés de deux faits : d'une part, que la doctrine actuelle sur le terrain de la dogmatique se trouve aux prises avec les mêmes difficultés que les jurisconsultes byzantins et ne paraît avoir fait aucun progrès sur ce point ; d'autre part, que l'aspect de notre question s'est transformé dans ces dernières années par suite de nouvelles conceptions philosophiques sur la science du droit, ses caractères et la méthode qui lui convient (1).

II. Comme nous avons pris soin de le faire remarquer dans l'Introduction à cette étude, l'examen de la distinction de la possession et de la détention soulève

(1) V. sur cette question, notamment Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, introduction, p. XXV et ssv. ; Saleilles, *Revue internat. de l'Ens.*, 1890, Janv.-Juin, p. 482-504 et *Annales de droit commercial*, 1892, p. 287-296.

un double problème : comment et pourquoi telle personne jouit-elle de la protection possessoire et telle autre en est-elle privée ? Quel est le critérium de cette distinction ?

De nos jours, la doctrine se pose généralement cette double question. Elle ne s'en est pas toujours préoccupée. Pendant longtemps, les jurisconsultes ne les ont pas distinguées et se sont contentés d'indiquer un élément théorique qui était, pour eux, tout à la fois raison d'être et critérium de cette distinction. C'est en ces termes que la question se présente chez les jurisconsultes byzantins, les glossateurs, les jurisconsultes du XVI^e siècle et leurs successeurs et même encore pendant la plus grande partie du XIX^e siècle. Lorsque la doctrine en vint dans ces derniers temps à séparer les deux questions, elle n'en continua pas moins à rechercher chez tous les possesseurs un élément commun qui permette de les caractériser. Nous avons pu voir que sur ce point les réponses données ont été, en substance, les mêmes à toutes les époques.

La question de savoir comment et pour quelles raisons pratiques ou historiques les Romains ont distingué la possession de la détention n'a guère préoccupé les interprètes que dans ces dernières années. Savigny, le véritable chef de l'Ecole Historique, ne s'en préoccupe aucunement. Il ne fait que reproduire dans une très grande mesure la théorie de Doneau, le plus intransigeant des dialecticiens. Sans doute, l'illustre auteur du

Traité de la Possession examine soigneusement la question de l'origine et du développement historique des interdits possessoires, mais les conclusions auxquelles il aboutit sur cette question ne réfléchissent en aucune façon sur la manière dont il construit notre distinction. Il n'y a pas sur ce point une innovation de Savigny. Alciat et Brisson, au XVI^e siècle, émettaient déjà une conjecture sur l'origine historique des interdits possessoires (1). L'aspect de notre question ne s'est transformé dans ces dernières années que grâce aux travaux de Ihering. Nous devons cependant rappeler les tentatives faites antérieurement par Merenda et Sintenis pour donner à leur théorie sur le critérium de notre distinction un fondement historique. Il ne faut évidemment pas demander à Merenda de distinguer expressément le point de vue historique du point de vue dogmatique, mais sa conjecture sur l'origine historique de la possession est, à ses yeux, la justification directe de sa théorie sur l'*animus possidendi*. Sintenis distingue formellement ces deux points de vue. Historiquement, on est arrivé à séparer la possession et la détention sans se préoccuper aucunement de la nature de la volonté requise pour posséder. Mais, comme la science du droit est une science théoriquement organisée et dont on doit compléter l'organisation théorique, il s'efforce de découvrir une notion de la volonté qui convienne à tous les possesseurs.

(1) V. Garsonnet, *Histoire des Locat. perpét.*, p. 116, n. 6.

M. Dernburg dès 1864 (1) et M. Pernice dès 1873 (2) font remarquer que la distinction de la possession et de la détention présente quelque chose d'artificiel qui s'explique par des considérations historiques et sociales. Aussi lorsque Meischeider déclare la question de l'*animus possidendi* insoluble, MM. Pernice et Dernburg lui répondent qu'il faut demander à l'histoire la solution que la logique refuse. Néanmoins, ces deux auteurs, sur le terrain de la dogmatique, maintiennent la théorie de l'*animus possidendi*, tout en reconnaissant ses imperfections. Ihering fait paraître son *Der Besitzwille*, et y élève la prétention de bannir l'*animus possidendi* de son dernier refuge. La question prend même chez lui une importance qu'elle n'avait jamais eue. La distinction de la possession et de la détention devient le champ d'application de toutes les conceptions philosophiques qu'il avait exposées dans son *Der Zweck im Recht*. Non content, en effet, de faire du but pratique la loi de l'évolution historique ; non content même d'en faire le point de vue directif des constructions juridiques, reléguant dans son *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, comme dans un « cimetière », toutes les fantaisies déductives des jurisconsultes, ne présentant aucun intérêt dans la réalité de la vie, il veut faire du but pratique la base même de toute construction théorique dans l'ordre juridique et même plus généralement dans l'or-

(1) *Das Pfandrecht*, II, p. 65.

(2) *Labeo*, I, p. 467.

dre moral. Cette dernière idée l'entraîne dans notre matière à rechercher dans tous les cas de détention une raison pratique commune, un but commun, qui constitue l'idée maîtresse de l'institution et lui assigne sa place dans la science du droit.

III. La doctrine, un moment désorientée par le *Der Besitzwille* de Ihering, semble se ressaisir et ne pas vouloir suivre le savant romaniste dans les derniers sentiers qu'il a tracés. Les interprètes du droit romain paraissent l'abandonner dans une large mesure. Ils se sont vite aperçus que cette théorie du but ou « méthode téléologique », alors même qu'elle serait rationnellement admissible, n'a jamais été celle des jurisconsultes romains. Les textes, nous le verrons, leur imposent également une opinion contraire.

En résumé, la théorie de Ihering apparaît isolée dans l'ensemble de la doctrine. Elle se sépare de la théorie de nos anciens auteurs qui faisaient reposer notre distinction d'une manière absolue sur une diversité de volonté. Elle se sépare de la plupart des théories modernes qui, après avoir banni la volonté de l'histoire du droit romain, la rappellent pour construire théoriquement notre distinction.

Nous allons donc examiner tout d'abord la théorie de Ihering. Nous aurons ainsi à opter entre la théorie subjective et la théorie objective.

CHAPITRE II

EXAMEN CRITIQUE DE LA THÉORIE DE IHERING. — THÉORIE SUBJECTIVE ET THÉORIE OBJECTIVE.

Nous aurons à nous prononcer en faveur de la théorie objective ou de la théorie subjective sur le terrain de l'histoire du droit romain et sur celui de la dogmatique.

I. a) *Sur le terrain de l'Histoire du Droit romain.* — Envisagée à ce premier point de vue, notre question paraît ne soulever de nos jours aucune difficulté. Expressément ou tacitement, on s'accorde à reconnaître que la distinction de la possession et de la détention n'est pas le produit d'une conception *a priori* de la nature de la volonté requise pour posséder. Le Préteur, en créant les interdits possessoires n'a pas eu pour objectif de satisfaire ses fantaisies de théoricien. Cette manière de voir est tellement commandée par le bon sens que personne, semble-t-il, n'a jamais dû songer à la contester.

Ihering affirme cependant que la théorie subjective, en prenant position sur le terrain dogmatique, prenait position du même coup sur le terrain historique et qu'en

donnant pour cause à la distinction de la possession et de la détention la diversité de volonté, elle en indiquait par le fait même l'origine (1). Nous croyons qu'interpréter de la sorte la théorie subjective, c'est ajouter à la pensée de ceux qui l'ont professée. C'est, en effet, tenir compte, pour apprécier leur théorie, du développement de la pensée juridique et profiter pour critiquer leur œuvre des conquêtes réalisées dans la science par les travaux accumulés de nos prédécesseurs. Les anciens partisans de la théorie subjective n'envisageaient pas la science du droit au même point de vue que nous. L'ordonnancement logique des règles de droit était leur seule préoccupation et ils croyaient avoir suffisamment donné la raison d'être d'une solution juridique, lorsqu'ils avaient indiqué le principe théorique d'où elle découlait.

Ne demandons donc pas à nos anciens auteurs la réponse à une question qu'ils ne se sont jamais posée et contentons-nous d'enregistrer le résultat actuellement acquis : la distinction de la possession et de la détention comme « fait social » s'est formée objectivement sous la poussée de l'intérêt pratique, suivant les uns, pour des motifs d'ordre historique, suivant les autres.

II. Nous avons vu (2) précédemment qu'on peut don-

(1) *Rôle de la vol.*, p. 77.

(2) p. 183.

ner à la théorie objective soit une forme positive, soit une forme négative, suivant que l'élément différenciateur entre la possession et la détention est présenté comme une condition positive (*causa possessionis*), ou comme une condition négative (*causa detentionis*) de la protection possessoire. Nous avons vu également, sous l'empire de quelle préoccupation, Ihering avait imaginé cette distinction. Dominé par le désir de soustraire le demandeur aux interdicts possessoires à l'obligation de prouver l'existence de cet élément différenciateur, sans avoir recours à une présomption, il avait imaginé de faire de cet élément une condition négative, c'est-à-dire un obstacle à la possession, dont la preuve incomberait par cela même au défendeur. Il est ainsi amené à construire sa théorie de telle manière que la possession soit la règle et la détention, l'exception. « Il y a toujours possession, nous dit-il, à moins qu'une disposition légale ne statue par exception qu'il y a simplement détention (1) . » Par là, Ihering pouvait simplement prétendre faire élection entre deux constructions systématiques de la théorie de la possession, l'une prenant pour point de départ la notion de possession et l'autre la notion de détention. Il paraît bien cependant avoir pris position, en même temps, sur le terrain de l'histoire. Si la détention est un rapport possessoire que le droit positif vient dépouiller de l'effet propre de

(1) *Rôle de la vol.*, p. 6.

la possession (1), n'est-il pas légitime d'en conclure que primitivement tout « rapport possessoire » jouissait de la protection possessoire ? Ihering semble ne reculer aucunement devant cette conséquence de sa doctrine (2). Mais, en l'admettant, il se met en contradiction avec sa théorie sur l'origine historique des interdits possessoires. S'il est exact, comme le soutient notre savant romaniste, que la protection possessoire ait fait son apparition sous la forme de la collation des *vindiciæ* (3), il n'est pas possible qu'elle ait été primitivement accordée à toute personne qui avait une chose entre les mains. Elle se trouvait exclue de plein droit toutes les fois que la *rei vindicatio* n'était pas possible, notamment lorsqu'il s'agissait de personnes en puissance ou de *res extra commercium* (4).

Lorsque la revendication était possible, le magistrat, ayant toute liberté dans la collation des *vindiciæ*, pouvait l'attribuer au simple détenteur. Mais il fallait pour

(1) *Id.*, p. 52-53, p. 309.

(2) *Id.*, p. 79. V. Hœlder, *Krit. Viertjahrschr.*, n. F, t. XV, p. 239.

(3) Sur ce point, le langage de Ihering n'est pas le même dans le *Rôle de la vol. dans la possess.* que dans le *Fondement des Int. Poss.* En effet, dans le *Rôle de la vol.*, p. 79, il nous dit : « à l'époque de la loi des XII Tables, ainsi que l'atteste leur disposition sur la concession des *vindiciæ*, la protection possessoire existait déjà, c'est-à-dire que la notion de possession était déjà pratiquement conçue et exprimée ». Dans le *Fondement des Int. Poss.*, p. 69, il nous dit, au contraire : « Propriété intérimaire, voilà donc le sens originaire de la collation des *vindiciæ* et non l'attribution de la possession nue dans le sens de la théorie possessoire moderne ».

(4) V. à cet égard la différence de langage entre le *Fond. des Int. Poss.*, p. 129 et le *Rôle de la vol.*, pp. 53-55.

cela figurer à l'instance, c'est-à-dire avoir affirmé dans une *contra-vindicatio* sa prétention à la propriété. Les *vindicix*, à la condition qu'elles fussent accordées au détenteur, n'étaient donc jamais données qu'à un détenteur avec *animus domini*. Plus tard, lorsque les interdits furent venus prendre la place de la collation des *vindicix* et former une instance préalable à la revendication, la règle resta la même. La loi 9, D. *rei vind.*, 6, 1 nous indique d'ailleurs à propos de la revendication une évolution tout à fait opposée à celle qu'entraîne la théorie de Ihering (1). Elle nous montre que la revendication, ouverte d'abord contre les seuls possesseurs, ne fut permise contre les simples détenteurs que vers le II^e siècle de notre ère (2).

(1) Hølder, *Krit. Viertjahrschr.*, n. F., t. XV, p. 239.

(2) L'antinomie entre les deux ouvrages de Ihering, *Fond. des Int. Poss. et Rôle de la vol. dans la poss.* se manifeste d'ailleurs à plusieurs reprises. Nous n'avons pas ici pour objectif de critiquer la théorie de Ihering en elle-même, mais uniquement dans la mesure où cela est nécessaire pour la solution de notre question. Nous ne pouvons cependant résister au désir de citer deux contradictions qui concernent directement notre question. La distinction de la possession et de la détention, faisant reconnaître la possession à une personne qui n'a pas la chose entre les mains, c'est-à-dire qui ne possède pas dans le sens ordinaire de la vie, pour la refuser, au contraire, au détenteur, le véritable possesseur dans le sens usuel du mot, lui paraît facilement explicable lorsqu'il recherche le fondement de la protection possessoire. Les interdits possessoires ayant été créés pour donner une protection facile au propriétaire, la possession se trouve exclue de plein droit au regard des personnes en puissance, des *res extra commercium* et des personnes dont le titre d'entrée en possession emporte reconnaissance de la propriété d'autrui (V. p. 128). Dans son écrit sur le *Rôle de la vol.*, p. 183, il la con-

III. Il n'est cependant pas impossible de concilier les deux théories de Ihering. Il suffit, en effet, de limiter, dès le principe, l'étendue de la protection possessoire, tout en conservant à l'élément différenciateur de la possession et de la détention le caractère d'obstacle à la possession. Au lieu de supposer deux règles de droit positif successives, dont la première aurait accordé la protection possessoire à quiconque avait la chose entre les mains, et la seconde serait venue la retirer dans un certain nombre de cas, on peut imaginer une seule règle de droit posant comme principe général, que quiconque a une chose entre les mains en sera traité comme possesseur et établissant en même temps un certain nombre d'exceptions à cette règle.

sidère comme « une des productions les plus saillantes du pouvoir d'abstraction juridique » et il doute même que les juriconsultes romains fussent jamais arrivés à cette distinction, s'ils ne l'avaient trouvée inscrite dans la réalité des faits au cas de détention par les personnes en puissance. La seconde contradiction a déjà été excellemment mise en relief par M. Saleilles, *loc. cit.*, nos 104 et 105. Après avoir défini le *corpus* la manifestation de l'intention d'être propriétaire (*Fond. des Int. poss.*, p. 176) et quoiqu'il fasse du *corpus* l'expression même de l'*animus* comme la parole est l'expression de la pensée (*Rôle de la vol.*, p. 31), Ihering, dans ce dernier ouvrage, met une rare énergie à combattre la théorie de l'*animus domini*. Il semble bien résulter de plusieurs passages du *Fond. des Int. poss.* (p. 75, n. 93 et notam. p. 169) qu'à cette époque Ihering était partisan de l'*animus domini* (V. Randa, *Der Besitz*, 4^e éd., p. 21, n. 17). Ihering a d'ailleurs tenté lui-même de combiner ses deux ouvrages sur la possession dans une habile synthèse (*Œuvres choisies*, t. II, pp. 246 et suiv.). Les différences qui séparent les deux œuvres étaient trop profondes pour qu'il ait pu les faire disparaître complètement.

IV. Cette conciliation entre les deux thèses de Ihering a été très ingénieusement faite par M. Vermond, avec cette seule différence que l'obstacle à la possession n'est pas pour lui une règle de droit positif, mais une « raison de droit » (1). Cet auteur résume toute sa théorie dans la formule suivante : « Est possesseur tout individu qui a la chose entre les mains, excepté quand il est établi qu'il ne peut être propriétaire et cela sans qu'on ait à rechercher qui en est réellement propriétaire (2). » Les personnes en puissance, les *res extra commercium*, les détenteurs dont le titre d'entrée en possession emporte reconnaissance de la propriété d'autrui (*causa detentionis*) sont ainsi exclus, dès l'origine, de la protection possessoire, parce que la qualité de la personne, la nature de la chose ou le titre d'entrée en possession font ici obstacle à l'existence de la propriété et par conséquent de la possession, sans qu'on ait à rechercher quel est le véritable propriétaire. Le voleur, au contraire, est possesseur. Pour prouver qu'il s'est emparé à tort de la chose, il faudrait établir qu'il n'était pas propriétaire de la chose et n'avait par conséquent pas le droit de s'approprier la chose (3). Sans doute, la règle de la protection possessoire ne s'est pas présentée sous cette forme abstraite et théorique, mais cette formule n'est que l'enregistrement doctrinal de ce qui a pu

(1) Vermond, *Traité de la poss.*, p. 290.

(2) *Id.*, pp. 309 et 310.

(3) *Id.*, pp. 294-296, pp. 307-309.

se passer dans la réalité des faits. Dès l'instant où l'on admet que les interdits *uti possidetis* et *utruhi* ont été créés pour servir de préalable à la revendication, il en résulte que ces interdits ont dû être refusés dans tous les cas où l'on pouvait établir l'impossibilité de la propriété, sans soulever la question, réservée au pétitoire, de savoir qui est réellement propriétaire. Il était donc parfaitement possible de donner à la théorie objective une forme négative, tout en maintenant dans son intégralité la théorie de Ihering sur l'origine historique des interdits possessoires.

Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de la distinction entre la forme positive et la forme négative de la théorie objective. De tout ce qui précède, retenons que sur le terrain de l'histoire, nous admettons la théorie objective.

V. b) *Sur le terrain de la dogmatique.* — La seconde épreuve que nous devons faire subir à la théorie de Ihering a lieu sur le terrain de la dogmatique. Dès le début, il importe de remarquer que, pour faire cette critique, nous ne nous plaçons pas à un point de vue rationnel, recherchant quelle pourrait être la meilleure manière de construire juridiquement la distinction de la possession et de la détention. Nous faisons œuvre d'interprétation et nous devons avant tout reproduire les constructions juridiques élaborées par les jurisconsultes romains eux-mêmes, sauf à en faire accessoirement une rapide

critique. Nous croyons d'autant plus utile de mettre à la base de nos explications cette distinction entre l'interprétation et la critique du droit romain que Ihering nous semble l'avoir complètement méconnue dans son *Der Besitzwille*.

VI. Sous le bénéfice de cette observation, abordons l'examen de la théorie de Ihering. Nous critiquerons d'abord la théorie objective et nous verrons ensuite dans quelle mesure on peut justifier la théorie subjective des objections que lui adresse Ihering.

Pour réfuter la théorie de Ihering, nous montrerons, d'abord, que la tentative faite par Ihering pour élever la détention au rang de notion juridique et l'assimiler à la possession, en la présentant comme une espèce du « rapport possessoire », n'est pas admissible pour une double raison :

1° Parce que la détention peut exister, d'après les jurisconsultes romains, sans l'*affectio tenendi*.

2° Parce que, si certains effets juridiques s'attachent à la détention, ils ne s'y attachent pas pour elle-même, et qu'ainsi elle n'est pas une notion juridique, mais un simple fait, d'importance juridique.

Cette preuve faite, nous chercherons à établir 3° que les jurisconsultes romains font reposer la distinction de la possession et de la détention sur une diversité de volonté.

VII. 1° L'*animus* est un élément normal, mais non nécessaire, de la détention.

Pour faire la preuve de cette affirmation, il faut d'abord établir que, contrairement à ce que prétend Ihering, le *corpus* et l'*animus* sont deux éléments indépendants, qui peuvent exister l'un sans l'autre, et montrer ensuite que les jurisconsultes romains parlent de détention, même là où il n'y a pas d'*affectio tenendi*.

Nous avons vu que, d'après Ihering, le *corpus* réclame déjà une certaine part de volonté. Le simple contact matériel ne constitue pas le *corpus*. Il faut un contact matériel volontaire.

Le *corpus* et l'*animus* ne peuvent exister l'un sans l'autre. Ils prennent naissance simultanément par l'incorporation de la volonté dans l'acte d'appréhension et sont indissolublement liés.

Nous reconnaissons volontiers que l'appréhension de l'objet emporte tout à la fois réalisation du *corpus* et manifestation de l'*animus*. Dans ce cas, les deux éléments constitutifs de la possession prennent naissance à une même époque. Cette possibilité d'une naissance simultanée n'en laisse pas moins son autonomie à chacun de ces éléments. Les preuves de l'indépendance de ces deux éléments abondent. Ce sont d'abord les textes nombreux qui parlent d'acquisition, de conservation et de perte de possession *animo solo* (1). Il y a, en outre, un texte formel, d'après lequel le *corpus* et l'*ani-*

(1) Acquisition : l. 34, pr., et l. 51, D. *h. t.* ; Conservation, l. 3, §§ 7 et 11 ; l. 25, § 2 ; l. 46, D. *h. t.* ; l. 1, § 23, D. *de vi*, 43, 16. Perte : l. 3, § 6 et l. 44, § 2, D. *h. t.*

mus sont deux éléments indépendants, qui viennent se compléter l'un l'autre. La loi 3, § 3, D. *h. t.* dit, en effet : « *Neratius et Proculus et solo animo non posse*
« *nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis*
« *possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum*
« *sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi*
« *affectum habuero, quia quod desit naturali posses-*
« *sioni, id animus implet.* »

M. Pininski (1) a cependant cherché à écarter cet argument. Selon lui, la théorie de l'indépendance réciproque du *corpus* et de l'*animus* aurait été mise en avant par Neratius et Proculus, mais Sabinus, en exigeant le *loco movere* pour l'acquisition du trésor, viendrait précisément la repousser (V. loi 3, § 3 *in fine*). Le *corpus* et l'*animus*, dans la théorie de ce jurisconsulte, prendraient naissance au moment de la mise au jour du trésor. Son opinion aurait triomphé ; car, admise avant lui par Labéon, elle serait adoptée par Pomponius, Paul et Papinien (2).

Tel n'est pas, croyons-nous, l'objet du débat qui s'élève entre Neratius et Pomponius, d'une part, et Sabinus, d'autre part. Pour tous, il y a *possessio naturalis*, c'est-à-dire *corpus* au profit du possesseur d'un fonds, par cela seul qu'un trésor est caché dans son fonds. Sabinus ne conteste pas l'existence de cette *possessio*

(1) *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, I, p. 93-94, p. 152.

(2) Labéon et Pomponius, l. 15, D. *ad exhib.*, 10, 4 ; Papinien, l. 44, pr., D. *h. t.*

naturalis. La discussion qui s'élève entre les jurisconsultes romains se pose sur ce seul terrain : suffira-t-il pour que le possesseur du fonds devienne possesseur du trésor qu'il forme la résolution purement interne de le posséder, ou bien sa possession ne commence-t-elle qu'au moment où sa volonté se manifeste réellement par le *loco movere* du trésor (1). Aucun d'eux ne se refusait donc à admettre une *possessio naturalis*, c'est-à-dire, dans l'hypothèse, le *corpus* même en l'absence de l'*animus*.

Tout récemment M. Hruza (2) est allé plus loin que M. Pininski. Il a soutenu que, même dans l'opinion de Neratius et de Proculus, il n'y avait pas *possessio naturalis* sans *animus*. Lorsque l'*animus* fait défaut, il manque quelque chose pour l'existence de la *naturalis possessio*. C'est ainsi qu'il interprète ce passage : *quia quod desit naturali possessioni id animus implet*. Il suffit de rapprocher ce membre de phrase du *principium* : « *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio* », pour se rendre compte que dans la pensée des jurisconsultes romains, l'*animus* ne venait pas compléter la *naturalis possessio*, mais s'ajoutait à celle-ci pour en faire une véritable possession.

Le *corpus* et l'*animus* apparaissent donc dans les tex-

(1) M. Klein est cependant d'avis contraire, v. *Sachbesitz und Er-sitzung*, p. 9, n. 22.

(2) *Zschr. für das Priv. und æff. Recht.*, 1897, p. 232.

les comme deux éléments indépendants l'un de l'autre. Ce premier point acquis, nous pouvons affirmer que le *corpus* est, pour les juriconsultes romains, le seul élément essentiel à la détention. La preuve de cette affirmation nous semble résulter d'une manière convaincante de deux textes : les §§ 3 et 13 de la loi 3, D. *h. t.* Dans ces deux passages, le juriconsulte Paul se sert, pour désigner le *corpus* des expressions *possessio naturalis*, qui sont la terminologie normalement employée pour désigner la détention. Si cette identité de terminologie n'accuse pas nécessairement une identité de notions, elle prouve du moins que les juriconsultes romains voient avant tout dans la détention le fait d'une relation matérielle plus ou moins intime entre une personne et une chose.

Nous reconnaissons cependant, avec Windscheid (1), que la détention n'a d'importance juridique qu'autant qu'elle est volontaire. En effet, celui qui, à son insu, se trouve détenteur d'un objet, s'en apercevra soit spontanément, soit sur la réclamation de l'ayant droit. De deux choses l'une, ou bien il abandonnera l'objet ou le restituera et sa détention cessera avant d'avoir pu produire effet, ou bien il conservera l'objet et sa détention deviendra immédiatement consciente et volontaire.

On a cependant prétendu que ces deux textes exigent formellement l'*animus tenendi* pour l'existence de la

(1) *Pandekten*, I, § 148.

détention : ce sont les §§ 3 et 10 de la l. 1, D. *h. t.* Le § 3 refuse la possession au fou et au pupille « *quia affectionem tenendi non habent* ». On serait peut-être tenté de répondre à l'argument tiré de ce texte qu'il y est question d'une acquisition de possession et non d'une acquisition de détention ; mais l'exemple cité pour justifier cette solution semble donner au texte une portée plus grande. Le § 3 ajoute, en effet, que la possession est refusée à ces personnes malgré leur contact corporel avec l'objet, comme elle serait refusée à l'homme endormi dans la main duquel on aurait déposé un objet : « *licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat* ». Doneau, commentant ce texte, en a déduit dans des termes très précis la nécessité de l'*affectio tenendi* pour la détention : « *Tenere non est corpore rem contingere sed ita attingere ut affectionem tenendi habeas* » (1). Selon nous, il n'y a pas détention dans l'hypothèse, parce que la relation corporelle de la personne et de la chose n'est pas suffisante pour constituer la détention. Celle-ci suppose que l'objet se trouve sous la dépendance de la personne. Que cette maîtrise sur l'objet soit volontaire ou non, dès l'instant qu'elle existe, on parlera de détention. Qu'un pick-pocket, par exemple, sur le point d'être surpris, glisse dans la poche d'un honnête passant le porte-monnaie qu'il vient de dérober, on dira que l'objet est

(1) *Op. omn.*, liv. V, cap. 13, § 4.

détenu par le promeneur. C'est ainsi que les jurisconsultes admettent la *possessio naturalis* sur le trésor au profit du possesseur du fonds dans lequel le trésor se trouve caché, bien que ce possesseur n'en ait pas connaissance. Le trésor est, en effet, matériellement sous la dépendance du possesseur du fonds, et la détention existe.— Le § 10 ne prouve pas davantage que l'*affectio tenendi* soit nécessaire pour la détention. Il y est dit simplement que le représentant dans la possession doit être sain d'esprit. Cette solution s'explique par cette raison qu'il s'agit ici d'une représentation, c'est-à-dire d'un acte juridique. On conçoit que le droit positif ne reconnaisse pas aux fous et aux déments la capacité d'accomplir ces actes. Nous croyons donc pouvoir dégager des explications précédentes le principe suivant : il y a détention, toutes les fois qu'un objet se trouve matériellement sous la dépendance d'une personne, alors même que celle-ci n'aurait pas l'*affectio tenendi*.

Toute cette discussion paraîtra peut-être oiseuse, puisque nous avons accordé d'avance que la détention n'a d'importance dans le domaine du droit qu'autant qu'elle est voulue. Il nous a cependant paru utile de montrer qu'il y a détention, pour les jurisconsultes romains, même en l'absence d'*affectio tenendi*. Cela prouve déjà dans une certaine mesure la seconde proposition que nous voulons maintenant établir : à savoir que la détention n'est pas, en droit romain, une notion juridique et ne peut pas, par suite, être assimilée à la possession.

VIII. 2^o *La possession est une notion juridique, la détention est un simple fait.* Si la détention n'exige pas l'*affectio tenendi*, c'est que les jurisconsultes romains, par les expressions *tenere*, *naturaliter* ou *corporaliter possidere*, *esse in fundo*, ne font allusion qu'à un simple fait d'une relation matérielle entre la personne et la chose, qui met celle-ci sous la dépendance de l'autre et ne désignent pas, par là, un véritable rapport juridique.

Cette première preuve n'est pas, à elle seule, suffisante. Ihering a, en effet, prétendu que la détention a « le caractère de rapport juridique », parce qu'elle produit des effets dans le domaine du droit. « Tout rapport, dit-il, auquel le droit attache des effets juridiques est un rapport juridique (1). »

Selon nous, la détention est seulement un fait d'importance juridique, c'est-à-dire, qu'à raison même de la dépendance matérielle dans laquelle l'objet se trouve vis-à-vis de la personne, il en résulte certains effets juridiques. La détention n'est pas un rapport juridique. Les différents effets mentionnés par Ihering comme appartenant au détenteur ne lui compétent pas en cette qualité ; ils lui sont accordés à un tout autre titre. Le droit positif, ne les rattachant pas à la détention, n'a pas eu à déterminer les caractères de cette détention et à transformer ainsi le simple fait en un rapport juridique.

(1) *Rôle de la vol.*, p. 43.

Ihering cite en premier lieu le droit de légitime défense et l'*actio injuriarum*. Ces deux moyens sont attachés à la protection de la personnalité (1) et non de la détention. Ils appartiennent même à des non-détenteurs.

Il en est de même de l'interdit *quod vi aut clam*. Cet interdit est donné pour les travaux *quæcumque in solo vi aut clam fiunt* (2) et appartient au simple détenteur d'un immeuble. Mais il importe de remarquer qu'il est accordé pour permettre d'obtenir réparation d'un préjudice causé et non pour réprimer une atteinte à la détention. Cette idée ressort clairement d'un exemple caractéristique que donne la l. 7, § 8, D. *quod vi...* 43, 24. Une personne creuse clandestinement un fossé dans une forêt publique. Un paysan traverse la forêt avec ses bestiaux. L'un de ces bestiaux tombe dans le fossé et se brise un membre. Le paysan peut agir contre celui qui a creusé le fossé par l'interdit *quod vi aut clam*. Et cependant il n'est nullement détenteur de l'immeuble dans lequel le fossé a été creusé. Cet interdit ne lui est donc pas donné comme protection d'une détention qu'il n'a pas, mais pour lui permettre d'obtenir réparation du dommage qu'il a souffert.

L'interdit *de loco publico fruendo* et l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ne sont pas atta-

(1) Cicéron, *Pro Caec.*, 42, 35 : *Actio enim injuriarum... dolorem imminutæ libertatis judicio poenaeque mitigat.*

(2) L. 1, § 4, D. *quod vi aut clam*, 43, 24.

chés à la détention. Le premier est donné au *conductor* du *locus publicus* avant même qu'il se soit mis en possession. Le second présente comme première utilité de permettre aux envoyés en possession *ex primo decreto* de contraindre ceux qui s'opposeraient à leur entrée en possession.

Quant à la pétition d'hérédité, en sa qualité de moyen de droit, d'une portée générale, elle tient lieu des actions personnelles ou réelles qui auraient compété au défunt. Elle permet donc à l'héritier de recouvrer les choses actuellement entre les mains des tiers, sur lesquelles le défunt n'avait qu'un droit réel ou personnel, et dont, par suite, il n'avait que la détention, par exemple, comme emphytéote ou superficiaire, dépositaire ou commodataire. Mais elle n'a pas pour objet la détention elle-même, elle est bien plutôt l'exercice du droit réel ou du droit personnel.

De tous les effets cités par Ihering, aucun ne s'attache donc à la détention pour elle-même. Celle-ci n'est pas la condition de ces effets. Elle bénéficie dans certains cas de la protection du droit, accordée pour une tout autre cause.

IX. 3° *La distinction de la possession et de la détention reçoit évidemment la consécration du droit positif romain, mais les jurisconsultes romains la font reposer théoriquement sur une diversité de volonté.*

Jusqu'ici, nous avons montré que, dans la théorie

des jurisconsultes romains, la détention peut exister sans *animus* et qu'elle n'est pas une notion juridique. Nous avons ainsi établi l'impossibilité de faire rentrer la détention dans le cadre du « rapport possessoire ». Ajoutons que la tentative faite par Ihering pour reconstruire la distinction de la possession et de la détention sur une autre base que la volonté, quelle que soit sa valeur au point de vue rationnel, nous paraît condamnée par le droit romain.

Selon lui, notre distinction a sa cause dans une règle de droit positif qui, dans des cas exceptionnels, pour des motifs d'intérêt pratique écarte les effets de la possession et crée ainsi des cas de détention. Que le droit positif consacre la distinction de la possession et de la détention, personne ne le conteste. Cette distinction ne se traduit-elle pas pratiquement par l'attribution et le refus des interdicts possessoires ? La première question qui se pose est celle de savoir si le droit positif intervient pour dépouiller certains possesseurs des avantages de la possession et en faire de simples détenteurs ou s'il intervient, au contraire, pour élever le simple fait de la détention au rang de possession en lui attribuant les interdicts possessoires. Ihering se prononce dans le premier sens. Nous avons déjà vu que la réalité historique contredit son affirmation. Primitivement, le droit romain ne connaît que la détention et la désigne sous le nom de *possessio*. Plus tard, le droit positif, ou plus précisément le préteur, attribue les interdicts pos-

seusoires à certains rapports de détention et les transforme en possession au sens strict du mot. L'organisation théorique du droit romain paraît également contredire Ihering. Les jurisconsultes romains nous présentent la détention comme un simple fait, dont le droit positif ne tient pas compte pour lui-même. Celle-ci n'apparaît pas dans leurs écrits comme une notion juridique dépouillée des effets qui devaient lui appartenir normalement, mais comme un fait qui n'a pas eu l'avantage de recevoir les faveurs du droit positif. En admettant même qu'au point de vue dogmatique, la distinction de la possession et de la détention repose uniquement sur les dispositions de droit positif, il faudrait donc reconnaître que cette règle de droit ne doit pas être considérée comme un obstacle à la possession, mais comme un élément complémentaire, une condition positive qui vient transformer la détention en possession. En d'autres termes, entre la forme positive et la forme négative de la théorie objective, l'option s'imposerait en faveur de la première.

Hâtons-nous d'ajouter que, dans la construction systématique de notre distinction, les jurisconsultes romains paraissent s'attacher à une diversité de volonté et non à un élément objectif. Ihering l'a contesté. Le jurisconsulte Paul, seul, aurait émis l'idée d'un *animus* spécial à la possession. Sa théorie serait contredite par plusieurs textes, et, selon M. Vermond, par un texte de Paul lui-même (1).

(1) *Traité de la poss.*, p. 404-405.

Il faudrait la rejeter comme une tentative de construction juridique complètement manquée. La théorie objective devrait triompher au point de vue dogmatique comme au point de vue historique.

L'idée d'un *animus* spécial à la possession, fût-elle personnelle au jurisconsulte Paul, qu'on devrait néanmoins en tenir grand compte. Il est, en effet, de tous les jurisconsultes, celui que les compilateurs mettent le plus à contribution dans la partie générale de la possession. Tribonien et ses collègues se sont très probablement adressés ici, comme ils l'ont fait dans d'autres matières, au jurisconsulte dont les écrits faisaient autorité sur la question (1). Paul nous apparaît déjà, par là, comme représentant l'opinion la plus en vogue chez les Romains.

Cette simple conjecture se trouve confirmée par des textes très nombreux, qui nous apportent le témoignage d'une pléiade de jurisconsultes se prononçant tous en faveur de l'*animus possidendi* (2).

Nous pouvons diviser ces textes en trois groupes.

Les uns nous présentent des hypothèses dans les-

(1) Kuntze, *Zur Besitzlehre*, p. 16; Hirsch, *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes*, p. 696.

(2) Ascoli dans *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, 2^e année, fasc. 6, p. 298 et ssv.; Kuntze, *Zur Besitzlehre*, p. 19, 36, 37; Hirsch, *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes*, p. 696 et ssv.; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 332, n. 1; Hølder, dans *Kritische Vierteljahresschrift*, 1892, p. 238; Riccobono, *La teoria del possesso nel Diritto Romano* dans *Archivio giuridico*, t. 50, p. 277; Saleilles, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, p. 178-181.

quelles une personne a la faculté d'acquérir la possession ou la détention. Il dépend de son choix, c'est-à-dire de sa volonté, d'acquérir l'une ou l'autre.

L'un de ces textes émane encore du jurisconsulte Paul. Il vient s'ajouter aux deux textes cités par Ihering. C'est la l. 41, D. *h. t.* (Paul) : *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*

M. Baron (1) a voulu entendre ce texte en ce sens que la volonté n'intervient ici que pour transformer le rapport de proximité locale en rapport possessoire. L'ami, qui met le pied sur le fonds de son ami, ne se trouve que dans un rapport de proximité locale sur le fonds. Le rapport possessoire ne se forme que s'il a l'*animus possidendi* ou *affectio tenendi*.

On peut faire à cette argumentation une double réponse. Les expressions *in fundo esse* sont usitées par les jurisconsultes romains pour désigner ce « rapport possessoire » qu'on appelle la détention. Ihering lui-même (2) leur donne cette signification. En second lieu, l'entrée de l'ami sur le fonds est volontaire de sa part. Au moment où il pose le pied sur l'immeuble, il a la volonté d'y pénétrer. C'est bien là, pensons-nous, cette *affectio tenendi* qui s'incorpore dans l'acte d'appréhen-

(1) *Zur Lehre vom Besitzwillen* dans *Jahrbücher* de Ihering, t. 29, p. 230, 231.

(2) *Rôle de la vol.*, p. 94-95.

sion de l'objet, et qui, d'après Ihering, est suffisante pour créer le rapport possessoire.

A côté de ce texte, nous pouvons mentionner ceux qui font dépendre de la volonté des parties la question de savoir si le précariste et le dépositaire séquestre sont possesseurs ou détenteurs (1). Ce sont les fragments de Julien (l. 39, D. *h. t.*) pour le dépôt séquestre, de Pomponius (l. 6, § 2, D. *de prec.*, 43, 26) et d'Ulpien (l. 15, § 4, D. *de prec.*, 43, 26) pour le précaire. Ces textes prouvent bien que les juriconsultes romains par *animus* n'entendent pas la simple *affectio tenendi*. Celle-ci ne se trouve-t-elle pas chez tout dépositaire séquestre et chez tout précariste? Ne voyons-nous pas, en même temps, par là, que le droit romain, théoriquement, du moins, donne la volonté comme cause de notre distinction.

Nous réunissons dans un second groupe deux textes qui font dépendre expressément la transformation de la possession en détention d'un changement de volonté. Le possesseur qui devient ainsi détenteur garde toujours l'*affectio tenendi*. Si ces textes nous montrent que la perte de la possession provient de la perte de l'*animus possidendi*, ne sommes-nous pas en droit de conclure que cet *animus* est tout différent de la simple *affectio tenendi*?

Or, Paul dans la l. 3, § 6, D. *h. t.* et Celsus dans la

(1) Pernice. *Zschr. für Handelsrecht*, t. 22, p. 427.

l. 18, pr., D. *h. t.*, disent expressément que le possesseur cesse de posséder parce qu'il ne veut plus posséder : Paul, l. 3, § 6, D. *h. t.* : « *In amittenda quoque possessione affectio ejus qui possidet intuenda est : itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem.* »

Celsus, l. 18, pr., D. *h. t.* : « *Quod meo nomine posideo possum alieno nomine possidere : nec enim nullo mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.* »

Nous trouvons une preuve du même genre dans la troisième catégorie de textes que nous devons mentionner. Nous y voyons que pour devenir possesseur le détenteur doit modifier son *animus*. N'a-t-il pas déjà, cependant, l'*affectio tenendi* ? qu'en résulte-t-il, sinon que la volonté requise pour la possession est tout autre que cette simple volonté de détenir ? Les principaux textes de ce groupe sont les l. 9, § 9 et l. 10, D. *de reb. cred.*, 12, 1, qui nous rapportent l'opinion de Nerva, de Proculus, de Marcellus et d'Ulpian ; la l. 3, § 18, D. *h. t.* de Paul ; la l. 68 (67), D. *de furt.*, 47, 2 de Celsus ; la l. 34, pr., D. *h. t.*, dans laquelle Ulpian nous rapporte l'opinion de Celsus et Marcellus sur la possibilité d'une *mutatio possessionis animo* ; la l. 47, D. *h. t.* de Papinien.

Qu'on prenne bien garde de ne pas attribuer à la démonstration que nous venons de faire une portée qu'elle n'a pas dans notre pensée. Nous n'avons pas eu pour objectif de prouver que la possession prenne naissance

par la seule adjonction au *corpus* de l'*animus* subjectif ou interne du possesseur. La grande majorité des textes que nous avons cités s'opposent à cette affirmation. Les uns supposent que la volonté du possesseur s'appuie sur un accord de volontés avec le précédent possesseur (l. 39, D. *h. t.*, pour le dépositaire séquestre ; l. 6, § 2 et l. 15, § 4, D. *de prec.*, 43, 26 pour le précariste ; l. 9, § 9 et l. 10, D. *de reb. cred.*, 12, 1) ; les autres exigent que la volonté de posséder se soit manifestée réellement par un *loco movere* (l. 10, D. *de reb. cred.*, 12, 1 ; l. 3, § 18, D. *h. t.* ; l. 68 (67), *de furt.*, 47, 2). Les textes que nous venons de rapporter ne prouvent donc pas la toute puissance de la seule volonté, plusieurs même la nient expressément. Ils permettent seulement d'affirmer que l'*animus* requis pour la possession est tout différent de l'*affectio tenendi* et que la distinction de la possession et de la détention correspond dans la pensée des jurisconsultes romains à une diversité de volonté. Tout autre est la question de savoir dans quelle mesure notre distinction dépend de cette diversité de volonté, quel est, en d'autres termes, le rôle de la volonté dans la possession. Nous serons amené à répondre à cette question en examinant les objections que Ihering adresse à la théorie subjective.

Nous avons vu que, selon cet auteur, la théorie de l'*animus possidendi* serait condamnée par un certain nombre de textes. Tous cependant ne sont pas inconciliables avec la théorie subjective. MM. Baron et Ubbelôhde no-

lamment, tous deux partisans résolus de la théorie de Ihering, en ont écarté plusieurs. Nous allons passer en revue ces différents textes pour rechercher s'il est exact qu'ils contredisent la théorie de l'*animus possidendi* et dans quelle mesure ils la contredisent.

Nous avons vu avec Ihering que les jurisconsultes romains, au cas de tradition sous condition suspensive, admettent que la possession est acquise dès l'arrivée de la condition, avant même que l'acquéreur en ait eu connaissance (l. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4 et l. 38, § 1, D. *h. t.*, notamment). Ces auteurs prétendent cette solution inconciliable avec l'exigence de l'*animus possidendi*. M. Baron (1) fait remarquer qu'il n'est pas impossible de découvrir ici un *animus possidendi* conditionnel, manifesté à l'avance au moment de la tradition. A cette explication, M. Ubbelohde (2) objecte, avec plus de finesse que de raison, qu'on peut imaginer chez l'*accipiens* sous condition suspensive la volonté de devenir possesseur lors de l'arrivée de la condition, mais non la volonté d'être actuellement possesseur. C'est pourtant cette dernière volonté qui devrait être requise pour permettre de maintenir la théorie subjective d'accord avec la règle que l'acquisition de possession, lors de l'arrivée de la condition, est reportée au jour de la tradition. Nous croyons qu'on peut concevoir chez l'*accipiens* non pas

(1) *Jahrb.* de Ihering, t. 29, p. 498.

(2) *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Serie der Bücher 43 und 44. V. Theil, p. 534, n. 45^a.

évidemment la volonté d'être actuellement possesseur, mais la volonté d'être traité, après l'arrivée de la condition, comme s'il avait été possesseur dès le jour de son entrée en possession.

Le paragraphe 7 de la l. 44, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3, dans laquelle M. Baron (1) admet également la possibilité d'un *animus possidendi* conditionnel, donnerait lieu aux mêmes explications. N'eût-il pas été conciliable avec la théorie de l'*animus possidendi*, qu'il ne nous aurait nullement paru s'opposer au maintien de celle-ci. Les termes mêmes dans lesquels il est rédigé nous prouvent qu'il s'agit ici d'une solution exceptionnelle : ... *potest filium dici et possedissee sibi et usucepisse intellegi*.

M. Baron (2) rejette ensuite la l. 13, D. *de don.*, 39, 5. Dans ce fragment, Ulpien fait acquérir la possession au mandant bien que le mandataire, agissant comme représentant direct, ait manifesté, au moment de l'appréhension, la volonté de posséder pour lui. Selon Ihering, ce texte condamne la théorie subjective puisque le mandataire n'acquerrait, malgré son *animus possidendi*, que la simple détention. M. Baron préfère négliger cet argument pour cette raison, que la décision d'Ulpien est formellement contredite par Julien (3). A notre avis, le texte d'Ulpien lui-même n'est pas inconciliable avec la

(1) *Jahrb.* de Ihering, t. 29, p. 197, 198.

(2) *Id.*, p. 203.

(3) L. 37, § 6, D. *de acq. dom.*, 41, 1. La décision d'Ulpien est également contredite par Paul, l. 1, § 19, D. *h. t.*, V. Vermond, *loc. cit.*, p. 246, 247.

théorie de l'*animus possidendi*. Les partisans de cette théorie ne soutiennent pas que tout *animus possidendi* joint au *corpus* doive entraîner la possession. Le droit positif, pour tenir compte de cet *animus* peut exiger qu'il se manifeste dans des conditions déterminées. Il peut notamment prescrire qu'il soit précédé d'un accord de volontés avec l'ancien possesseur. C'est ainsi que nos anciens auteurs, Cujas et Doneau par exemple, donnaient comme première condition d'une acquisition de possession, l'abandon de cette possession par l'ancien possesseur. Julien et Paul refusent la possession au mandataire, malgré son *animus possidendi*, précisément pour cette raison, que le *tradens* n'a pas eu l'intention de se dépouiller de sa possession au profit de celui-ci. Ulpien lui-même n'accorde pas la possession au mandataire. La divergence de vues avec Julien et Paul consiste uniquement à faire acquérir la possession au mandant. Sur ce point, la théorie de l'*animus possidendi* est en concordance parfaite avec la solution d'Ulpien, puisque le mandant a manifesté sa volonté de posséder dans un accord préalable avec le *tradens*. Le débat qui surgit entre ces jurisconsultes s'élève non dans le domaine de la possession, mais dans celui de la représentation. Il s'agit de savoir si la représentation a lieu bien que le représentant ait manifesté une volonté contraire à son titre même.

La l. 60, § 1, D. *loc.*, 19, 2, décide que l'héritier du fermier est simple détenteur, bien que ne succédant

pas à son auteur dans la qualité de fermier. Ihering, comme nous l'avons vu, déduit des termes généraux de cette l. 60 § 1, que cet héritier serait détenteur, même s'il croyait son auteur propriétaire de l'immeuble et le possédait comme propriétaire, c'est-à-dire avec *animus possidendi*. M. Baron (1) néglige ce texte. Il y a là, selon lui, une règle de droit positif imposant la qualité de détenteur à l'héritier du fermier, comme elle l'impose au fils de famille. Le refus de la possession à l'héritier du fermier, malgré son *animus possidendi*, ne contredit pas plus la théorie subjective que le refus de la possession au fils de famille malgré ce même *animus*.

Dans la l. 21, D. de *adq. rer. dom.*, 41, 1, le jurisconsulte Pomponius décide que dans certains cas les acquisitions réalisées par l'*homo liber bona fide serviens*, agissant par conséquent au nom de son maître, se réaliseront en la personne de l'homme libre lui-même, « *ipsius fieri* », nous dit le jurisconsulte romain. Ihering interprétait ce texte en ce sens que l'*homo liber bona fide serviens* devenait non seulement propriétaire, mais même possesseur. M. Baron refusait de tenir compte de cet argument, parce que la décision de Pomponius se trouvait contredite par Paul et Ulpien, M. Salkowski (2) et à sa suite, M. Ubbelohde (3), viennent de démontrer, d'une manière péremptoire, croyons-nous, que notre

(1) *Jahrb. de Ihering*, t. 29, p. 202-203.

(2) *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, p. 36, n. 69, p. 168, n. 11.

(3) *Loc. cit.*, p. 528, n. 40.

texte est étranger à la question de possession. Textuellement, Pomponius ne tranche que la question de propriété : *ipsius fieri*. On ne peut lui attribuer la pensée de faire acquérir du même coup la possession à l'*homo liber bona fide serviens*. Nous avons, en effet, dans le § 4 de la l. 54, D. *eod. tit.*, faussement attribué à Modestin (1) une décision de Pomponius, d'après laquelle l'*homo liber bona fide serviens* peut devenir propriétaire et non possesseur « *quia nec possidere intellegitur qui ipse possideretur* ». Cette séparation de la propriété et de la possession n'offre rien d'anormal. L'application de la règle que celui qui est possédé ne peut posséder, nous en fournit plusieurs exemples, rapportés par Gaius, II, 90 et 94 (2).

De tous les textes invoqués par Ihering, il ne reste plus que la l. 21 et la l. 44, § 4, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3. M. Baron les tient, tous deux, pour décisifs.

La l. 21 suppose que le possesseur *pro herede* d'un fonds le donne à bail au véritable propriétaire, qui n'a pas connaissance de son droit de propriété. Elle décide que le contrat de bail étant nul, le possesseur ne retient pas la possession et cesse d'usucaper. Ihering et après lui M. Baron (3), partant de cette idée que le fonds ne peut rester sans possesseur, en ont conclu que le propriétaire recouvrait immédiatement la possession.

(1) Lib. 34, *ad Quintum Mucium*. V. éd. Mommsen.

(2) V. Salkowski, *loc. cit.*, p. 164 ssv.

(3) *Jahrb. de Ihering*, t. 29, p. 200-201, t. 30, p. 198.

Cette conclusion a été discutée à tort, selon nous, par MM. Thür et Ubbelohde (1) et mal défendue par M. Baron (2).

Le point de départ de la controverse réside dans la l. 25, C. de loc., 4, 65 :

Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare (Diocletianus et Maximianus III Kal. Jan., a. 293).

On a conclu de ce texte que le propriétaire ne pouvait agir par l'interdit *Uti possidetis* qu'après avoir restitué le fonds au bailleur présumé et avoir fait la preuve de la propriété dans l'action en revendication.

M. Baron ne conteste pas cette solution pour l'époque de Dioclétien et Maximien. Notre constitution n'aurait fait qu'appliquer à une matière spéciale la règle de procédure plus générale, rappelée deux jours auparavant par un rescrit des mêmes Empereurs, et, d'après laquelle les questions de possession et de propriété devaient être tranchées dans des instances séparées.

L. 3, C. de int., 8, 1 : *Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo qui de possessione victus est exigantur* (Dioclet. et Maxim. V. Kal. Jan., a. 293).

(1) *Loc. cit.*, p. 528, n. 40 sous les p. 529, 530 et 531.

(2) *Jahrb.* de Ihering, p. 498 et ssv., où l'opinion de M. Thür se trouve rapportée.

C'est avec raison, croyons-nous, que M. Ubbelohde ne rattache pas notre l. 25 cit. à la l. 3 cit. La l. 25 cit. n'écarte la question de propriété que de l'*actio locati*. Le débat qui s'élève dans cette action ne porte pas sur une question de possession. Notre constitution n'est donc pas une application de la règle sur la séparation du pétitoire et du possessoire.

M. Ubbelohde, en partant également de cette même l. 25 cit., arrive à la même conséquence que M. Baron, mais par une autre voie. S'il est interdit au locataire présumé de repousser l'*actio locati* en prouvant sa propriété, *a fortiori* cette preuve doit-elle être interdite dans l'interdit *Uti possidetis*. La règle posée par cette l. 25 ne serait pas une règle de procédure, d'une introduction récente, mais une règle du vieux droit romain, dictée par cette considération d'équité, qu'il n'est pas possible d'enlever au bailleur présumé le rôle avantageux de défendeur, par cela seul qu'il a consciencieusement accompli son obligation de bailleur.

Selon nous, l'équité n'est nullement engagée dans la question. La décharge du fardeau de la preuve, qui est, en réalité, l'avantage primordial du rôle de défendeur dans la revendication, reste acquise au prétendu bailleur. Celui-ci n'aura pas à faire la preuve du droit de propriété, bien qu'il n'ait plus la détention de la chose. La preuve de la propriété incombera au locataire présumé, qui invoque sa propriété pour faire tomber le bail ou se prétendre possesseur. La règle de la l. 25 cit. était

si peu réclamée par l'équité qu'elle paraît être d'introduction relativement récente dans le droit romain. Un *responsum* d'Africain (l. 40, § 3, D. *h. t.*) permettrait de croire qu'elle n'existait pas encore à son époque :

... *Quia neque precarii rogatione neque conductione suæ rei dominum teneri.*

Nous nous trouvons ici en présence, croyons-nous, d'une règle de procédure, motivée par cette considération, qu'il est inutile de faire trancher la question de propriété dans l'action personnelle, puisque la solution qu'elle y reçoit n'est pas définitive et ne fait pas obstacle à ce qu'un nouveau débat s'élève sur cette même question dans l'action en revendication. Enfin, il n'y a pas à tirer de la l. 25 cit. un argument *a fortiori* en faveur de l'interdit *Uti possidetis*. Nous verrons, en effet, que la l. 25 cit. sépare la question de propriété de l'action personnelle, alors que dans la même hypothèse de *locatio suae rei*, la question de propriété paraît pouvoir être encore, à cette époque, soulevée dans l'action possessoire.

Nous écartons donc la l. 25 cit. lorsqu'il s'agit de rechercher si le propriétaire qui a pris à bail son fonds ne peut exercer l'interdit *Uti possidetis*, qu'après avoir fait la preuve de sa propriété dans la revendication. Deux textes nous restent : la l. 40, § 3, D. *h. t.* et la l. 3, C. *de int.*, 8, 1. Le § 3 de la l. 40 (Africanus, lib. VII, *quaestionum*) est ainsi conçu :

Si servum meum bonae fidei emtori clam abduxerim,

respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione, neque conductione suae rei dominum teneri, et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.

Le langage d'Africain est très affirmatif. Le propriétaire qui a pris à bail sa propre chose, celui qui en a obtenu la concession à précaire et celui qui s'est emparé clandestinement de son esclave peuvent tous, avec autant de raison l'un que l'autre, semble-t-il, « *non posse separari* », repousser par la preuve de leur propriété soit l'*actio locati*, soit l'interdit *de precario*, soit l'interdit *Utrubi*. Cette dernière solution se rattache seule à notre question. Seul, l'interdit *Utrubi* est certainement un interdit possessoire. Il résulte du *Responsum* d'Africain que le propriétaire, qui s'est emparé clandestinement de son esclave, peut combattre l'*exceptio clandestinae possessionis*, insérée dans la formule de l'interdit *Utrubi*, en faisant la preuve de sa propriété.

A la suite de Savigny, M. Baron généralise la solution donnée par Africain pour le cas de l'interdit *Utrubi* et admet qu'à l'époque de ce jurisconsulte la question de propriété pouvait être débattue à l'occasion des interdicts possessoires, dans la mesure où la question de possession en dépendait. De cette règle découle, dans le cas de l. 21, D. *de usurp.*, 41, 3, que le propriétaire locataire de sa chose pourrait exercer immédiatement l'interdit *Uti possidetis* et y prouver qu'il est possesseur, parce qu'il est propriétaire et non locataire. M. Baron

ne dégage pas expressément cette conséquence. Elle paraît bien résulter de ses explications et M. Ubbelohde n'hésite pas à lui attribuer cette opinion.

Selon ce dernier auteur, la décision d'Africain n'aurait rien à faire avec la question qui nous préoccupe. Le jurisconsulte romain permet uniquement au propriétaire de répondre à l'*exceptio clandestinae possessionis*, contenue dans la formule de l'interdit *Utrubi*, en prouvant que sa possession n'est pas clandestine, précisément parce qu'il est propriétaire.

Cette solution est encore en parfait accord avec les constitutions de Dioclétien et de Maximien. La situation du propriétaire dans le cas de la l. 21 cit., est tout autre. Pour triompher dans l'interdit *Uti possidetis* qu'il exerce, il devrait prouver, principalement et en premier lieu, qu'il est propriétaire.

On ne peut nier que la critique de M. Ubbelohde ne soit d'une finesse séduisante. Oserions-nous dire qu'elle ne nous paraît pas exacte ? Elle nous semble viciée, dès son principe, par une méconnaissance des règles de la preuve dans l'interdit *Uti possidetis*. Comme nous le verrons plus loin, le demandeur aux interdits possessoires ne doit prouver qu'une seule chose : l'existence du *corpus*. Le prétendu bailleur combattra cette preuve en établissant que son adversaire n'est vis-à-vis de lui qu'un simple locataire, par conséquent un simple détenteur. Le locataire présumé répliquera en prouvant que le bail est nul, c'est-à-dire en établissant qu'il est

propriétaire. Le propriétaire locataire de la l. 21 ne vient pas affirmer : « Je suis propriétaire, donc je suis possesseur », mais : « Je suis possesseur et le contrat de bail ne fait pas obstacle à ma possession parce qu'il est nul comme consenti au propriétaire lui-même ». La question de propriété ne se présente-t-elle pas ici comme dans le cas de la l. 40, § 3 cit., d'une manière indirecte et au second plan ?

En veut-on une preuve encore plus décisive ? Il est facile de construire des hypothèses pratiques, dans lesquelles le propriétaire locataire de la l. 21 cit. opposerait son droit de propriété, à titre de défendeur et pour faire tomber une *exceptio vitiosae possessionis*, exactement comme le fait le propriétaire dans l'hypothèse de la l. 40, § 3 cit. Supposons, par exemple, que le prétendu bailleur ait aliéné le fonds et que le locataire présumé refuse l'entrée du fonds à l'acquéreur, sans cependant avoir recours aux armes, sans commettre une *vis armata*. De ce fait, il se trouve exposé à l'interdit *de vi cottidiana* du prétendu bailleur, ou même à l'interdit *Uti possidetis* en vertu de la fonction récupératoire dont celui-ci jouit. Il repoussera la prétention de son adversaire, en établissant que sa possession ne peut pas être entachée du vice de violence, puisqu'il est propriétaire (1). Cette preuve du droit de propriété sera la réponse à la demande elle-même, si le prétendu

(1) Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 20 et ssv.

baillieur agit contre lui par l'interdit *de vi cottidiana*, elle sera la réponse à l'*exceptio vitiosae possessionis* si celui-ci agit par l'interdit *Uti possidetis*.

La différence que M. Ubbelohde croit découvrir entre l'hypothèse de la l. 21, D. *de usurp.*, 41, 3 et celle de la l. 40, § 3, D. *h. t.*, ne nous semble pas exister. Nous en concluons que le propriétaire locataire de la l. 21 peut agir immédiatement par l'interdit *Uti possidetis* et y confirmer la preuve de sa possession, en prouvant que le bail est nul, parce qu'il est propriétaire.

A notre avis, la l. 3, C. *de int.*, 8, 1, n'a pas eu pour objet de modifier cette règle et de séparer dans notre hypothèse la question de propriété et la question de possession, pour les faire trancher dans deux instances séparées. Ce rescrit décide uniquement, que, si deux instances sont engagées à l'égard d'une même chose, l'une au possessoire, l'autre au pétitoire, on doit surseoir au pétitoire tant que la question de possession n'est pas tranchée.

Nous ne contestons pas que l'époque de Dioclétien marque une évolution d'idées par rapport à l'époque d'Africain. Pour ce dernier, la question de propriété peut être soulevée pour des motifs analogues et aussi décisifs dans tous les cas, sur l'*actio locati* comme sur l'interdit *de precario* et sur l'interdit *Utrubi*. La l. 25, C. *de loc.*, 4, 65, fait une brèche dans cette règle en écartant complètement la question de propriété de l'action personnelle. Le mouvement inauguré par Dioclétien et

Maximien s'est-il continué? S'est-il étendu, dans la suite, à l'interdit *de precario* et aux interdits possessoires? Nous n'en avons aucune preuve. Il est toujours certain que la l. 3, C. *de int.*, 8, 1, ne marque pas une transformation générale commune aux interdits et à l'action personnelle.

Qu'on admette avec M. Ubbelohde que le propriétaire locataire de la l. 21 cit. n'ait jamais pu exercer immédiatement l'interdit *Uti possidetis*, ou qu'on admette avec M. Baron qu'il n'ait eu cette faculté que jusqu'à Dioclétien, ou qu'on admette enfin, comme nous l'avons fait, qu'il puisse même encore sous Dioclétien exercer immédiatement l'interdit *Uti possidetis*, la question de savoir si le propriétaire, locataire présumé, recouvre la possession par cela seul qu'il reprend la détention du fonds nous semble rester entière.

M. Baron, pour prouver que, même à l'époque de Dioclétien, ce propriétaire devient immédiatement possesseur, argumente des mots *possessionem... restituere* de la l. 25, C. *de loc.*, 4, 65. Si le propriétaire, nous dit-il, doit restituer la possession, c'est qu'il a acquis cette possession. Nous ne croyons pas qu'on puisse attacher au mot *possessio* dans la l. 25 cit. ce sens précis. Il est si fréquemment pris dans le sens de détention qu'il n'a guère de valeur technique que par une antithèse ou grâce à une épithète. Il nous semble même qu'il ne désigne pas ici autre chose que la simple détention. La restitution, dont il est question dans le texte, pourra

être volontaire, mais aura normalement lieu en vertu de l'*actio locati*. L'objet de cette action est précisément de permettre au bailleur de recouvrer la détention de la chose louée.

A notre avis, on doit admettre la conclusion de Ihering, le propriétaire locataire de la l. 21 cit. recouvre la possession aussitôt que la détention de la chose lui est remise. Le contrat de bail est nul et il possède à titre de propriétaire et non de locataire. Toute la discussion qui s'est élevée sur la l. 21 cit. provient d'une confusion, très apparente chez M. Ubbelohde, entre la question d'existence de la possession et celle de sa reconnaissance en justice. L'argumentation de M. Ubbelohde se réduit à ceci : le propriétaire locataire ne sera possesseur que le jour où il pourra exercer l'interdit *Uti possidetis*. Or, à cette époque, il aura connaissance du véritable état de choses et l'*animus possidendi* sera possible. La l. 21 cit. n'est donc pas en contradiction avec la théorie subjective. Mais qu'on veuille bien le remarquer, cette argumentation s'applique même si l'on admet que le propriétaire de la l. 21 cit. peut agir directement par l'interdit *Uti possidetis*, sans établir préalablement sa propriété dans une action en revendication. Au moment où il exercera cet interdit, il sera revenu de son erreur et aura l'*animus possidendi*. La seule différence c'est que la possession sera acquise dès que cette erreur disparaîtra et au moment même où naîtra l'*animus possidendi*.

M. Ubbelohde ne s'est pas aperçu que si cette explication est décisive contre la l. 21, D. *de usurp.*, 31, 3, elle l'est également contre la l. 44, § 4, D. *eod. tit.*, qu'il tient pour tout à fait convaincante en faveur de la théorie de Ihering. En effet, un *paterfamilias*, qui fait un achat, se croyant encore fils de famille, ne pourra exercer les interdits possessoires qu'après connaissance acquise de la mort de son *paterfamilias*, c'est-à-dire au moment où son *animus alieno nomine possidendi* se transforme en un *animus suo nomine possidendi*.

L'explication de M. Ubbelohde doit donc être rejetée et nous maintenons l'interprétation de Ihering sur la l. 21 cit. comme M. Ubbelohde la maintient pour la l. 44, § 4 cit.

Cette dernière loi est admise par tous les partisans de Ihering et on n'a guère tenté de la concilier avec la théorie subjective. Quoiqu'on fasse, il est impossible de découvrir un *animus possidendi* chez ce fils de famille, devenu *paterfamilias* à son insu. Remarquons seulement que si ce texte était la condamnation absolue de la théorie de l'*animus possidendi* sur le terrain de la possession *ad interdicta*, il serait également la condamnation de la théorie, certainement romaine, de l'*opinio* ou de la *cogitatio domini* sur le terrain de la possession *ad usucapionem*. C'est précisément, pour permettre à ce fils de famille de réaliser plus tôt l'usucapion, que le jurisconsulte Papinien fait remonter sa possession au jour de la tradition.

La l. 21, D. *de usurp.*, 41, 3 et la l. 44, § 4, D. *eod. tit.*, apparaissent donc comme décisives en faveur de la théorie de Ihering. Nous déterminerons plus loin dans quelle mesure les conclusions que Ihering en dégage sont exactes.

Nous ne nous illusionnons pas cependant sur la portée des réponses qui ont été faites aux autres textes par MM. Baron et Ubbelohde. Les conciliations qu'ils ont entrevues comme possibles avec la théorie subjective nous apparaissent comme artificielles ou comme peu décisives. Ici, l'on imagine un *animus possidendi*, qui existera rarement dans la réalité des faits et qui se présente comme une explication de juriste (l. 2, § 2, D. *pro empt.*, 41, 4; l. 38, D. *h. t.*; l. 44, § 7, D. 41, 3); là, on écarte le témoignage d'Ulpien parce que Julien et Paul sont d'avis contraire, mais sans établir que cette opinion divergente soit provoquée par le désir de respecter la théorie de l'*animus possidendi* (l. 13, D. 39, 5). Ailleurs, on voit une disposition impérative du droit positif. Qu'on admette ou non ce caractère pour la règle de la l. 60, § 1, D. *loc.*, 19, 2, il est certain qu'elle n'a pas été posée pour écarter, en partie du moins, l'application normale de la règle de l'*animus possidendi*. Plus loin, on refuse la possession à l'*homo liber bona fide serviens*, alors qu'on lui reconnaît la propriété, non pas parce qu'il n'a pas l'*animus possidendi*, mais parce qu'étant possédé, il ne peut posséder. Qu'on compare ces différentes applications, et qu'on cherche leur lien avec

la théorie de l'*animus possidendi*, on sera obligé d'admettre ou que cette relation est forcée ou qu'elle n'existe pas, c'est que, pour résoudre la question de savoir dans quels cas il y aura possession et dans quels cas il y aura détention, les jurisconsultes romains ne se laissent pas guider par la théorie de l'*animus possidendi*.

Leur objectif est d'attacher pour des motifs divers la possession à telle situation juridique et la détention à telle autre situation juridique, sans se préoccuper aucunement de la nature de la volonté du sujet dans chaque cas concret. Ainsi s'explique qu'ils accordent la possession au *paterfamilias*, même s'il se croit fils de famille, au propriétaire, lorsqu'il reprend la détention de sa chose même à titre de locataire, à l'acquéreur sous condition suspensive dès le jour de la tradition, lorsque par l'arrivée de la condition, son titre d'acquisition se trouve définitivement consolidé, même dans le passé. Ainsi s'explique également qu'ils déclarent détenteur l'héritier du fermier et le mandataire quelle que soit leur volonté dans telle ou telle hypothèse. Or, pour savoir à quel titre une personne se trouve avoir la détention d'une chose, c'est à la *causa possessionis* qu'il faut s'attacher.

X. On a beaucoup discuté le sens de ces expressions (1). Nous croyons, avec Ihering et la plupart de s

(1) V. les différentes définitions qui ont été données de la *causa possessionis*. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, p. 41.

auteurs qui ont abordé la question depuis, que les expressions *causa possessionis* ne désignent pas seulement le « motif juridique de la possession », mais son mode d'établissement prévu et caractérisé par le droit positif (1), l'*origo nanciscendæ possessionis*. L'établissement injuste de la possession constitue même une *causa possessionis* (loi 40, § 3, D. *h. t.*).

Pour établir l'exactitude de la théorie de la *causa possessionis*, nous montrerons d'abord qu'elle se justifie parfaitement dans les textes mêmes que nous avons indiqués comme favorables à la théorie subjective, nous prouverons ensuite que la théorie de la *causa possessionis* n'est pas exclusive de la théorie subjective, en d'autres termes que sous cette enveloppe de la *causa*, se cache un élément intentionnel.

La possession se lie à la *causa possessionis*, qu'il s'agisse d'acquérir la possession d'une chose dont on n'a jamais eu la détention, qu'il s'agisse de devenir détenteur d'une chose dont on est possesseur, ou de devenir possesseur d'une chose dont on est détenteur.

Que la possession s'attache à la qualité de propriétaire véritable ou présumé par suite d'un achat, d'une donation ou d'une occupation, qu'elle s'attache à la qualité de créancier gagiste, la question ne peut faire aucun doute. La volonté de l'acquéreur, du donataire ou du créancier gagiste ne suffit pas à elle seule pour

(1) Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 305.

faire naître la possession, il faut que le *tradens* ait manifesté sa volonté d'aliéner la possession dans certaines conditions juridiquement caractérisées et qui constituent le titre de vente, de donation ou de gage. Il n'en est pas autrement au cas de précaire ou de dépôt séquestre. La seule différence c'est que par un accord de volontés, les parties peuvent ici faire naître à leur gré la possession ou la détention.

La volonté recouvre une plus grande liberté d'allure, lorsqu'il s'agit d'une prise unilatérale de possession (loi 41, D. *h. t.*). La possession s'attachera cependant à la *causa possessionis* et non à la volonté. L'acquisition porte-t-elle sur une *res nullius* ou sur une *res derelicta*, la possession ne prendra naissance que par l'incorporation de la volonté dans un acte juridiquement caractérisé et qu'on appelle l'occupation. S'agit-il, au contraire, d'acquérir une chose actuellement en la détention du possesseur, ou dont le possesseur est éloigné, le droit positif vient encore caractériser cette acquisition de possession et déterminer, d'après des règles qui ont varié avec les époques, que dans tel cas la possession serait acquise *vi* et dans tel autre cas *clam* (1). Ce vice de possession caractérise la possession et constitue une *causa possessionis* (2).

La possession se lie encore à la *causa possessionis*, lorsqu'il s'agit pour un détenteur de devenir possesseur.

(1) V. Vermond, *Traité de la poss.*, p. 347-380.

(2) V. I. 40, § 3, D. *h. t.*, et Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 305, n. 165.

La possession ne prend naissance que par la substitution d'une *causa possessionis* à la *causa detentionis*. La volonté de celui qui veut devenir possesseur est, à elle seule, impuissante à réaliser cette transformation. L'adage *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* est l'expression même de cette idée. Pour que cette transformation se réalise, il faudra une *mutatio causae*. Cette *mutatio* pourra résulter d'un accord de volonté entre le précédent possesseur et son détenteur. Les l. 9, § 9 et la l. 10, D. *de reb. cred.*, 12, 1, nous en donnent deux exemples :

L. 9, § 9 (Ulpien, lib. 26, *ad Ed.*) : « *Deposui apud*
« *te decem, postea permisi tibi uti : Nerva Proculus*
« *etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua*
« *tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello*
« *videtur : animo enim cepit possidere...* L. 10 (Ul-
« pien, *ad Ed.*) : *Quod si de initio, cum deponerem,*
« *uti tibi si voles permisero, creditam non esse ante-*
« *quam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.* »

Le détenteur deviendra possesseur par la substitution de son titre d'emprunteur à celle de dépositaire. La seule question qui préoccupe les jurisconsultes romains est celle de savoir à quel moment le *mutuum* se forme. Il semble bien que dans leur pensée, le déplacement des objets est moins requis pour le transfert de propriété que comme manifestation de la volonté des parties. Lorsqu'un accord intervient entre le déposant et le dépositaire dans le but de transformer sur le champ

le dépôt en *mutuum*, Ulpien, adoptant l'opinion de Nerva, de Proculus et de Marcellus, décide que le *mutuum* se forme avant le *loco movere*, par le seul fait du concours des volontés. Il n'exige le *loco movere* dans le cas de la l. 10 cit., que pour actualiser une volonté antérieurement manifestée. Ce qu'il importe de remarquer c'est que, dans les deux cas, la possession prendra naissance au moment où une *causa* se substituera à l'autre.

Il en est de même si nous supposons que la *mutatio causae possessionis* résulte d'une interversion de titre, réalisée par le détenteur, de son propre chef. Les jurisconsultes romains ne se contentaient pas d'un changement de volonté. Ils exigeaient, s'il s'agissait d'un meuble, une *contrectatio* qui fit du dépositaire ou du commodataire antérieur un voleur. Le langage de Paul et de Celsus ne laisse aucun doute à cet égard. La possession n'est acquise que lorsque le *furtum* est réalisé.

Paul, l. 3, § 18, D. h. t. : « plerique veterum et
« Sabinus et Cassius recte responderunt possessionem
« me manere quia furtum sine contrectatione fieri non
« potest..... ».

Celsus, l. 68 (67), D. de furt., 47, 2 : « Infitiando de-
« positum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa
« infitatio, licet (prope furtum est) : sed si possessio-
« nem ejus apiscatur intervertendi causa : facit fur-
« tum. »

Papinien semble se séparer des autres jurisconsultes

et admettre l'acquisition de possession et la réalisation du *furtum* par le seul fait du changement de volonté :

« *Si rem mobilem apud te depositam aut ex commo-
dato tibi, possidere neque redde constitueris, confes-
tim amisisse possessionem vel ignorantem responsum
est : cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mo-
bilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas
nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum ad-
ferre consuevit : idque nerva filius libris de usucapio-
nibus retulit* » (l. 47, D. *h. t.*).

Il est probable que Papinien ne se sépare pas sur notre question des autres juriconsultes. M. Vermond (1) remarque très justement que Papinien se préoccupe, avant tout, de montrer qu'il y a des règles différentes pour la conservation de possession des esclaves et pour la conservation de possession des autres meubles. Le texte ne serait pas écrit « en vue de déterminer dans quelles conditions un dépositaire commence à posséder pour lui-même (2) ».

Cette explication nous paraît se confirmer lorsqu'on pèse le motif invoqué par Papinien pour justifier la perte immédiate de la possession des meubles autres que les esclaves : « *cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit...* » Si la règle pour la conser-

(1) *Traité de la poss.*, p. 264-268.

(2) *Id.*, p. 269.

vation de possession de ces meubles est plus rigoureuse que pour la conservation de possession des esclaves, c'est que le possesseur est tenu, à leur égard, à une surveillance plus étroite. Toute négligence dans cette *custodia* doit entraîner la perte de la possession. Cela impose l'obligation au possesseur qui a cédé la chose à titre de dépôt ou de commodat de surveiller le dépositaire ou le commodataire. Mais pourra-t-on lui imputer à faute de ne pas avoir saisi un changement de volonté du détenteur, tant qu'il ne s'est pas manifesté extérieurement? Il y aura, au contraire, négligence et perte immédiate de la possession, s'il ne réprime pas et même s'il ignore le changement de volonté du détenteur dûment manifesté : *confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est*. Il y a donc tout lieu de croire que Papinien exigeait comme les autres jurisconsultes une *contrectio* de la part du dépositaire ou du commodataire.

S'il s'agit d'immeubles, la détention ne se transformera en possession que par une interversion violente de possession. Le locataire, par exemple, refusera l'entrée du fonds, au bailleur ou à son acquéreur : il deviendra possesseur *vi*, à moins que sa résistance n'ait une *justa et rationabilis causa* (Paul, l. 13, D. *de vi.*, 43, 16 ; Papinien, l. 18, D. *eod. tit.* ; l. 3, C. *de loc.*, 4, 65). La possession reposera ici sur cette *causa possessionis* constituée par le vice de violence.

Enfin, notre principe que la possession se lie à la *causa*

possessionis et non à la volonté elle-même se justifie également, lorsqu'il s'agit d'une transformation de possession en détention. Le possesseur ne devient détenteur que par la substitution d'une *causa detentionis* à la *causa possessionis*.

Nous trouvons cependant dans cette hypothèse des textes qui paraissent attribuer toute puissance à la volonté du sujet. C'est tout d'abord la l. 3, § 6, D. *h. t.*, dans laquelle le jurisconsulte Paul décide que le possesseur devient immédiatement détenteur dès qu'il cesse de vouloir procéder :

Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem.

Ce texte semble dire qu'une résolution purement interne de volonté entraîne sur le champ cessation de la possession. Nous pensons qu'il ne faut pas prendre à la lettre cette décision purement théorique du jurisconsulte. Tant que l'ancien possesseur n'aura pas manifesté réellement sa volonté d'abandonner la possession par un abandon réel ou par un acte juridique emportant cette volonté de ne plus posséder, le droit positif le tiendra pour détenteur, en vertu de la cause, qui lui a donné primitivement la détention matérielle du fonds. Il y a là, croyons-nous, une solution de théoricien poursuivant jusqu'au bout l'application rigoureuse de la règle que la possession se perd *animo solo*. La détention qui subsiste dans le cas de la l. 3, § 6 n'est d'ailleurs qu'une simple relation de fait.

Paul n'est pas le seul coupable dans notre matière de ces écarts de langage. Nous allons rencontrer la même erreur chez d'autres jurisconsultes, en examinant l'hypothèse dans laquelle le possesseur ne se contente plus de ne plus vouloir posséder, mais veut détenir au nom d'autrui. A prendre à la lettre le langage de Celsus, il suffirait que le possesseur cesse de vouloir posséder et forme la résolution de détenir pour autrui. Ce possesseur perdrait la possession *animo* et acquerrait la possession au nom d'autrui.

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio (l. 18, pr. D. h. t.).

Quand on rapproche de cette loi 18 un passage de la l. 34 pr., D. h. t. : « *Quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt...* » ; on peut en conclure que nous sommes ici en présence d'une opinion commune à Celsus et à Marcellus.

Or, il semble bien que pour nos deux jurisconsultes cette *depositio* et cette *mutatio possessionis* ne peut résulter d'une résolution purement interne de volonté, de la part du possesseur. Celsus, dans la l. 18 pr. cit., dit expressément que sa solution ne porte aucune atteinte à la règle : *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest*. Marcellus, à qui nous pouvons demander l'éclaircissement des opinions de Celsus, dans la question qui nous occupe, nous indique quelle est l'exacte portée de ce fameux adage :

Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Cette règle s'oppose donc à ce que le possesseur devienne détenteur par le seul effet de sa volonté. Elle ne s'oppose pas à ce qu'après avoir abandonné la possession, il veuille l'acquérir en vertu d'une nouvelle *causa*. Nous ne trouvons donc pas, dans la l. 18 pr. D. *h. t.* de Celsus, une condamnation de notre principe que la possession ne s'attache pas à la seule volonté, mais à certaines conditions extérieures juridiquement déterminées. A quelles conditions le droit romain attache-t-il la *demissio possessionis* et la naissance de la détention ? Suffit-il, dans tous les cas, d'un simple accord de volontés entre deux personnes pour que l'ancien possesseur devienne détenteur au nom d'une autre, ou bien, la règle reste-t-elle que le possesseur doive se dépouiller de la possession par une tradition pour recevoir la détention par une tradition du nouveau possesseur ? Qu'on émette l'une ou l'autre solution, il y aura toujours substitution d'une qualité juridique à une autre et la théorie de la *causa possessionis* ne sera pas atteinte. La seule question est de savoir quelles sont les conditions imposées par le droit positif pour l'établissement de cette nouvelle possession.

Nous croyons cependant, avec la théorie aujourd'hui généralement admise (1), que cette règle fondamentale du droit romain : « *Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur* » (loi 20, C. de pact., 2,3), réclame, en principe, une double tradition. Cette règle ne souffrirait exception qu'au cas où les deux traditions devraient avoir lieu immédiatement l'une après l'autre en exécution de deux actes juridiques jumeaux (loi 77, D. de rei vind., 6, 1 et loi 28, C. de don., 8, 54).

L'excursion que nous venons de faire à travers les textes a pu nous convaincre que la possession se lie à telle ou telle situation juridique, caractérisée par son mode d'établissement prévu et réglementé par le droit positif, c'est-à-dire par la *causa possessionis*. Les jurisconsultes romains se préoccupent avant tout de cette *causa possessionis*. C'est parce que telle personne a acquis la chose à titre d'emprunteur, de voleur ou d'usurpateur violent qu'elle en devient possesseur.

Cette constatation ne doit pas cependant nous faire perdre de vue l'importance de la volonté dans notre matière. A chaque pas, nous avons vu la volonté se manifester sous la forme d'un contrat ou d'un *loco movere*.

Qu'on le remarque bien, ce contrat et ce *loco movere* ne sont pas seulement requis pour extérioriser une ré-

(1) Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 187 ; Saleilles, *Elém. constit. de la poss.*, n° 90 ; Vermond, *Traité de la poss.*, p. 184-188.

solution de volonté restée jusque-là purement interne et jusque-là, par conséquent, sans valeur pour le droit positif. Si telle était la raison d'être de ces conditions exigées pour l'acquisition de possession, il faudrait admettre qu'une déclaration expresse, verbale ou écrite, jouerait ce rôle tout aussi efficacement et avec plus d'avantages. Ce contrat et ce *loco movere* sont requis pour la formation de la *causa possessionis*. Le droit positif détermine à quelles conditions la possession prendra naissance : la volonté humaine doit se mouvoir dans les cadres ainsi tracés.

XI. Cette réserve faite, nous devons reconnaître que sous l'enveloppe de la *causa* se cache un élément intentionnel. Que la possession ait à sa base une tradition, une occupation, un vol, une usurpation violente : la volonté se manifeste toujours. On conçoit facilement, dès lors, que les jurisconsultes romains se soient laissés entraîner à dégager cet élément intentionnel de l'enveloppe juridique dans lequel le droit positif l'avait enfermé et aient eu l'idée de diversifier les *causae possessionum* d'après la nature de la volonté qu'elles recouvraient.

Nous n'avons pas encore à examiner en quoi consiste cette différence. Il est certain qu'elle existe, puisque nous l'avons trouvée notamment dans certaines hypothèses où les parties avaient la faculté d'acquérir la possession ou la détention et dans toutes les transfor-

mations de possession en détention et de détention en possession.

Mais la différenciation de la *causa possessionis* et de l'*animus* qu'elle renferme n'est qu'un travail de théoricien, analysant certaines situations juridiques connexes afin d'en abstraire un élément commun et caractéristique. Pour nous servir des expressions de Ihering, il n'y a là qu'une « construction juridique ». L'*animus* qu'ils ont ainsi dégagé de la *causa* est la volonté qui se rencontre normalement dans telle ou telle situation juridique. Il en résulte que la volonté du sujet dans tel cas concret pourra n'être pas en conformité avec la volonté typique. La possession n'en restera pas moins attachée à la *causa possessionis*. C'est ainsi qu'il faut expliquer les solutions des l. 21, D. *de usurp.*, 41, 3 et l. 44, § 4, D. *ead. tit.*, d'après lesquelles une personne devient possesseur malgré son *animus alieno nomine possidendi*.

En un mot, nous adoptons cette théorie que Ihering désigne du nom de théorie de la volonté abstraite ou typique.

XII. Si nous nous reportons maintenant aux objections qu'Ihering lui adresse, nous voyons qu'elle soulève deux difficultés : l'une sur le terrain de l'histoire du droit romain, l'autre sur le terrain de la procédure.

La première d'entre elles ne doit nous arrêter que peu de temps. Elle disparaît presque entièrement par cela seul que nous ne faisons pas découler historiquement

la distinction de la possession de la détention d'une diversité de volonté.

Néanmoins l'objection qu'Ihering tire de l'évolution du droit romain sur le mandat mérite examen.

Nous savons que primitivement, la représentation directe n'étant pas admise à Rome, le mandataire devait acquérir la possession en son propre nom, pour la transférer ensuite au mandant. Vers le II^e siècle de notre ère, la représentation directe fut admise en matière de possession et le mandataire ne fut plus qu'un détenteur au nom du mandant et acquérait directement pour celui-ci. Or, si nous interrogeons le jurisconsulte Paul, nous voyons qu'il affirme d'une manière absolue (l. 4, § 20, D. *h. t.*) que le mandataire ne peut avoir la possession, parce qu'il n'a pas l'*animus possidendi*.

Cet argument ne nous paraît pas décisif. Le mandataire a, dans la première période, l'*animus possidendi* ; il ne l'a plus, au temps de Gaius. Ihering en conclut que le mandataire a eu primitivement la possession sans avoir l'*animus possidendi*. Celui-ci n'est donc pas nécessairement requis pour l'existence de la possession et de ce fait toute théorie subjective se trouve condamnée.

Admettre que le mandataire ait pu sous la République avoir un *animus alieno nomine possidendi*, c'est méconnaître complètement les idées régnant à cette époque. L'homme libre qui aurait cru pouvoir agir au nom d'autrui, à une époque où les esprits étaient accoutumés depuis des siècles à l'impossibilité de la représentation di-

recte *per extraneam personam*, eût été un anachronisme. Avec le temps, les idées se modifièrent et on en vint peu à peu à admettre qu'un homme libre pourrait représenter directement un autre homme libre. A partir de ce moment, le mandataire n'a plus qu'un *animus alieno nomine possidendi*. Il n'y a qu'une volonté inhérente à la qualité de mandataire et que celui-ci a eu à toutes les époques : c'est celle d'agir dans l'intérêt d'autrui. Mais il importe de ne pas confondre agir en son nom et agir dans l'intérêt d'autrui.

XIII. Reste l'objection qu'Ihering tire des règles de la procédure. La possession, dans la théorie que nous avons adoptée, dépend de l'existence d'une *causa possessionis*. En conséquence, le demandeur aux interdits possessoires devrait prouver l'existence de cette *causa*. Ihering nous a montré à quelles difficultés et même à quelles impossibilités pratiques on aboutirait en imposant cette preuve au demandeur. Sa démonstration nous paraît, sur ce point, tout à fait convaincante. La théorie de la *causa possessionis* ne se trouve pas condamnée de ce fait. Il reste une issue possible, celle dont la pratique a toujours profité et que consacre la législation française : c'est la présomption de possession au profit du demandeur qui a fait la preuve du *corpus*.

Selon Ihering, un texte de Paul (*Sent. rec.*, V, 11, § 2) fait obstacle à l'admission d'une telle présomption en droit romain.

Nous avons vu, plus haut, comment, pour arriver à n'imposer au demandeur que la preuve du *corpus*, cet auteur distingue les conditions positives présumées des conditions négatives et formule sa théorie de la manière suivante : il y a toujours possession, à moins qu'il n'y ait *causa detentionis*, c'est-à-dire, qu'on ne se trouve dans un de ces cas exceptionnels, où le droit positif écarte les effets de la possession.

Nous croyons que cette prétendue distinction des conditions positives présumées et des conditions négatives n'existe pas et que le point de départ de Ihering, qu'il n'y a pas de présomption sans texte, est faux, quand on donne à cet adage une portée absolue.

Rappelons ici une démonstration déjà faite. La règle posée par Ihering, qu'il y a toujours possession à moins qu'il ne s'agisse d'un de ces cas exceptionnels, dans lesquels le droit positif écarte les effets de la possession, n'a aucun fondement dans l'histoire de la législation romaine. Nous sommes donc ici en présence d'une construction de théoricien.

Cette remarque faite, n'est-il pas permis de se demander quelle différence sépare ces deux formules : « Il y a toujours possession à moins que ... », « la possession sera présumée ... ». Qu'on adopte l'une ou l'autre de ces formules ne décide-t-on pas qu'il n'y a pas à tenir compte des obstacles qui peuvent s'opposer à l'existence de la possession ? En déchargeant le demandeur de l'obligation de prouver qu'il ne se trouve pas

dans un de ces cas exceptionnels, ne présume-t-on pas qu'il ne s'y trouve pas et que par suite il est possesseur ?

Cette démonstration devient pour ainsi dire palpable, lorsque nous l'expérimentons sur la formule, que M. Vermond nous a donnée de la théorie de Ihering et dont elle n'est que la reproduction très fidèle, sauf cette différence, sans intérêt pour la question qui nous occupe, que l'obstacle à la possession est pour lui une raison de droit et non une règle de droit.

« Trois conditions, nous dit cet auteur, sont nécessaires pour qu'il y ait acquisition de possession. Il faut :

« 1° Que celui qui doit acquérir la possession ait le *corpus* de la chose ;

« 2° Qu'il ait l'*animus tenendi* ;

« 3° Qu'aucune raison de droit n'empêche celui qui doit acquérir la possession d'une chose d'en être propriétaire » (1).

Or M. Vermond n'exige du demandeur que la preuve du *corpus*. Nous savons que, pour lui comme pour Ihering, cette preuve du *corpus* entraîne celle de l'*animus* qui lui est indissolublement lié. Le demandeur se trouve ainsi déchargé de la preuve de la troisième condition. N'est-ce pas présumer qu'aucune raison de droit n'empêche celui qui doit acquérir la possession d'une chose d'en être propriétaire ?

(1) *Loc. cit.*, p. 43.

On n'arrive donc pas à bannir la présomption du domaine de la possession.

On n'échapperait pas à cette objection en disant que les négations ne sauraient être prouvées.

Ihering, lui-même, rejette cet argument et le réfute d'une manière péremptoire : « Cette explication n'en est pas une, nous dit-il. En effet, d'une part, cette règle n'est pas vraie dans ces termes généraux. Il ne manque point de cas, en droit romain, où toutes les conditions légales sont conçues d'une manière absolument négative, par exemple le *non usus* des servitudes. D'autre part, cette règle n'explique nullement la dispense de preuve de certains éléments de nature parfaitement positive. Ainsi la condition *lucri faciendi causa* dans le vol est de nature positive et ne doit cependant pas être prouvée par le demandeur. Il en est de même de la *culpa* dans le *damnum injuria datum* (1) ».

En réalité, toute la théorie de Ihering est provoquée par cette idée qu'il ne peut y avoir de présomption sans texte. Cette préoccupation perce à plusieurs reprises dans son ouvrage.

Cet adage, avons-nous dit, est faux dans ces termes généraux. Il importe, en effet, de distinguer les simples présomptions de fait ou présomptions de l'homme des présomptions légales. Ces dernières seules ne peuvent exister qu'en vertu d'un texte. Les présomptions de fait

(1) *Rôle de la vol.*, p. 136-137.

sont inséparables de l'exercice de la justice. Elles rentrent dans le cadre de ces inductions journalières, auxquelles les magistrats sont obligés d'avoir recours. Notre Code Civil qui règlemente l'administration des preuves n'a pas pu les bannir. *A fortiori*, doivent-elles être admises pour le droit romain où régnait le système de la liberté des preuves ? Le texte de Paul, selon nous, n'y fait pas obstacle. Les mots *ideoque sufficit* n'indiquent pas que Paul ait eu l'intention d'écarter la présomption de possession. Pour leur donner cette portée, il serait bon de rendre vraisemblable par un argument quelconque que Paul ait songé à la présomption en les écrivant.

Nous croyons donc que l'existence de l'*animus possidendi* doit faire l'objet d'une présomption de fait (1).

XIV. Nous avons ainsi achevé la tâche que nous nous étions imposée dans ce chapitre. Nous avons montré le rôle qu'il faut attribuer à la volonté dans notre matière. Sans influence aucune sur la formation historique de notre distinction, c'est-à-dire sur ce fait social de l'attribution ou du refus des interdits possessoires, sans influence immédiate et décisive dans la fixation par le droit positif des conditions auxquelles il attache le bénéfice des interdits possessoires, elle n'a d'autre rôle que de

(1) V. notamment Randa, *Der Besitz*, 3e éd., p. 372, qu'Ihering (*Rôle de la vol.*, p. 163 et 164) n'a nullement réfuté. V. également Cuq, *Rech. sur la poss.*, p. 59.

diversifier les différentes *causae possessionis* et de permettre au théoricien de les classer dans un ordre méthodique. Par là, nous avons répondu à l'objet même de la thèse développée par Ihering dans son *Der Besitzville*. Nous nous retrouvons maintenant en face de « l'éternel problème » de l'*animus possidendi*. Toute difficulté disparaissait sur ce point avec la théorie de Ihering : la possession était la règle, la détention l'exception ; l'anomalie ne résidait pas dans l'attribution des interdits possessoires aux créanciers gagistes, aux précaristes et aux séquestres, mais dans son refus aux dépositaires, locataires, commodataires et autres détenteurs.

Nous avons montré, plus haut, tout ce que cette affirmation a de contraire à la théorie de Ihering sur l'origine historique des interdits possessoires. Nous avons complété notre réfutation en établissant que la théorie objective de la *causa detentionis* n'avait aucune raison d'être sur le terrain de la procédure. Pour résoudre la question de l'*animus possidendi*, nous devons donc abandonner Ihering et demander la réponse à d'autres maîtres.

Nous avons pris soin de noter plus haut la tendance de plus en plus accentuée de la doctrine à distinguer dans notre matière ces deux questions qu'elle a trop longtemps confondues :

1^o Comment et pourquoi les interdits possessoires ont-ils été donnés à telle catégorie de personnes et refusés à telle autre ?

2° Comment et à quelle époque les jurisconsultes romains sont-ils arrivés à dégager une notion théorique de la possession et à la caractériser par un *animus* spécial et quelle est la nature de cet *animus* ?

La première question tout entière forme l'objet de notre étude. Elle nous amène à déterminer quel est le fondement historique de notre distinction.

La seconde question dépasse de beaucoup le cadre de notre étude. Elle nous entraînerait à faire l'histoire de la dogmatique du droit romain sur notre question et à rechercher les différentes phases par lesquelles a passé la notion de possession. Depuis l'ouvrage de Ihering; elle a fait, dans son ensemble, l'objet de deux études magistrales, conçues dans un esprit tout différent, l'une de M. Karlowa (1) en Allemagne, l'autre de M. Cuq (2) en France.

Nous n'avons à nous occuper sur le terrain de la dogmatique, d'une manière principale, que du critérium de notre distinction. Nous rechercherons donc, comment les jurisconsultes romains sont arrivés à l'idée d'un *animus possidendi* caractéristique de la possession et quelle est la nature de cet *animus*. Nous n'examinerons la question de savoir, comment s'est formée la notion théorique de possession, que dans la mesure où cela est nécessaire pour la solution de la question qui nous occupe.

(1) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 328 et ssv.

(2) *Rech. sur la poss.*, p. 34 et ssv.

CHAPITRE III

FONDEMENT HISTORIQUE DE LA DISTINCTION DE LA POSSESSION ET DE LA DÉTENTION.

I. On comprendra facilement que nous n'ayons pas l'intention de reprendre dans son entier le problème si délicat de l'origine historique des interdits *Retinendae possessionis* et de leur attribution aux possesseurs dits dérivés. Nous nous proposons, avant tout, d'indiquer les principales opinions soutenues, de montrer dans quelle mesure elles influent sur la solution de la question de l'*animus possidendi*, et de relever, s'il y a lieu, quelque critique déjà faite ou possible. Nous nous permettrons cependant d'indiquer de quel côté vont nos préférences.

Il importe, dès le début de cette étude, de préciser l'objet même de nos recherches. Nous ne nous occupons que des interdits *Retinendae possessionis*, auxquels la l. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1, rattache formellement notre distinction. Il ne nous appartient pas d'aborder la question de savoir si les interdits de *vi* procèdent du même développement historique que l'interdit *Uti possidetis* et l'interdit *Utrubi* ou s'ils constituent un mouvement indépendant (1).

(1) V. notamment Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 423, n. 1, p. 434, n. 1.

II. Parmi les théories sur l'origine historique des interdits *Retinendae possessionis*, il en est une que nous pouvons écarter assez rapidement, comme n'ayant pas directement trait à notre question, c'est celle qui fait naître l'interdit *Uti possidetis* pour la protection des *agri occupatorii* (1). Elle pourrait nous intéresser au moment où elle expose l'extension de l'interdit *Uti possidetis* aux possesseurs dits dérivés. Malheureusement, la question ne préoccupe pas les partisans de cette opinion. M. Dernburg, au nom duquel s'attache la restauration de cette théorie dans la doctrine contemporaine, reste muet sur cette question (2).

Remarquons cependant, qu'on est parfois allé chercher dans cette origine historique l'explication de l'attribution des interdits possessoires, soit à l'emphytéote (3), soit au précariste (4).

Nous n'avons pas à nous arrêter à ces explications partielles. L'emphytéote, croyons-nous, n'a jamais joui de la protection des interdits possessoires directs. Le rapport de l'occupant d'un *ager occupatorius* avec l'Etat ne constitue pas un précaire. Le précaire suppose un accord de volonté entre le *precario dans* et le précariste.

(1) V. l'énumération des principaux partisans de cette théorie dans Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 399, n. 1.

(2) V. *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes*. La question est effleurée dans la 2^e édition de ses *Pandekten*, p. 391, mais d'une manière trop peu précise pour que nous nous y arrêtions.

(3) Savigny, *Traité de la poss.*, p. 183-184.

(4) Dernburg, *Entwicklung*, p. 6 et suiv.

L'occupation de l'*ager occupatorius* comprend deux actes unilatéraux : l'édit du censeur autorisant une certaine catégorie de citoyens romains à exploiter telle partie de l'*ager publicus* et l'occupation des particuliers. D'autre part, le droit de l'occupant est transmissible héréditairement ; le précaire cesse par la mort du précariste (1).

Ajoutons que la théorie en elle-même tend de plus en plus à être abandonnée (2).

III. Cette première théorie écartée, nous pouvons, en nous plaçant au point de vue spécial qui nous occupe, classer les différentes théories sur l'origine historique des interdits *Retinendae possessionis* en deux groupes. Dans un premier groupe, nous rangeons les théories qui expliquent par l'origine historique de ces interdits leur attribution aux *possesseurs dérivés* : les cas de possession dérivée ne constituent pas au point de vue historique des anomalies. Le second groupe est susceptible de recevoir toutes les théories qui, faisant naître les interdits *Retinendae possessionis* dans une étroite connexité avec la revendication, font des cas de possession dérivée des anomalies au point de vue historique.

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 315 ; Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 624.

(2) V. la réfutation détaillée de cette théorie dans Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 107, n. 53 ; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 314 et suiv. ; Girard, *Manuel*, p. 267, n. 1 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 399-403 ; Ubbelohde, 5^e partie de son *Comm. sur les interdits*, p. 617 et suiv. V. une défense de cette théorie dans Cuq, *Recht. sur la poss.*, p. 29-34.

IV. *Premier groupe. a) Théorie de M. Saleilles (1).*

M. Saleilles voit dans la possession une notion plutôt économique que juridique. Il la définit « la manifestation de l'appropriation économique dans le domaine des choses extérieures ». La possession serait la forme première de l'appropriation individuelle, d'abord protégée par les mœurs, avant de l'être par le préteur. Plus tard, lorsque « par la forte empreinte de l'Etat, le *dominium* eût été constitué, la possession garda sa place historique dans le domaine du droit : elle resta la forme sommaire de l'appropriation individuelle, protégée par le préteur ». Elle conserva toujours cette indépendance vis-à-vis de la propriété, et demeura une certaine maîtrise de fait protégée pour elle-même. Partout où elle se rencontra avec la propriété, elle entraîna au profit de celle-ci le bénéfice de la protection possessoire. Mais elle peut exister là où la propriété est simplement possible, comme chez le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, et là où la propriété est impossible, comme chez le possesseur du sol provincial ou les possesseurs dérivés. Dans tous ces cas, elle vaut à ces différentes personnes le bénéfice de la protection possessoire.

Cette théorie a l'avantage d'une extrême souplesse. Elle suit avec aisance les applications diverses et successives que les interdits possessoires ont reçues. Elle est susceptible de s'adapter avec non moins de facilité aux besoins nouveaux qui peuvent surgir.

Sur le terrain de l'histoire, elle a été critiquée par

(1) *Elém. constitutifs de la poss.*, n° 129.

M. Jobbé-Duval d'une manière qui paraît décisive (1). Elle repose, en effet, sur une confusion entre deux rôles bien distincts, que la possession a joués, non seulement dans l'histoire du droit romain, mais même dans l'histoire générale du droit, et que M. Jobbé-Duval caractérise en termes si précis, que nous croyons devoir les rapporter textuellement. « On ne saurait nier, dit M. Jobbé-Duval, que le fait de défricher une terre inculte avec l'autorisation de la communauté, de l'Etat, du souverain auquel elle appartient, n'ait chez un grand nombre de peuples anciens ou modernes, conféré au possesseur un droit dont l'étendue varie, d'ailleurs. La possession tient, dans ce cas, la place de la propriété individuelle ; à côté du domaine éminent réservé à la communauté, à l'Etat, au souverain, elle correspond au domaine utile.

« Lorsqu'une législation reconnaît, depuis longtemps, la véritable propriété individuelle sur la terre, telle que nous la concevons aujourd'hui et qu'elle régit une société bien organisée et d'une civilisation déjà avancée, les représentants de l'Etat protègent la possession, envisagée comme l'exercice de la propriété. »

Entre ces deux théories de la possession, il n'existe aucun lien de filiation historique. « Quand la possession, continue M. Jobbé-Duval, tient la place de la propriété, elle se justifie par une concession de la communauté ou des représentants de l'Etat ; rien de semblable, au con-

(1) *Etudes sur la procéd. chez les Rom.*, I, p. 397-399.

traire, dans l'hypothèse, où le pouvoir de fait s'exerce sur un bien, auquel s'applique la propriété individuelle et non pas la propriété collective. »

A un autre point de vue, nous sommes tentés d'ajouter que la notion de possession, telle que la conçoit M. Saleilles, nous paraît avoir des contours trop peu définis, pour avoir pu surgir dans la conscience du peuple romain et se traduire comme fait social, protégé par les mœurs. Il serait certainement très difficile de justifier par l'idée d'une appropriation économique la possession du dépositaire séquestre. L'opposition entre l'appropriation économique et l'exploitation économique n'est peut-être pas assez saillante pour trouver la première chez le précariste et ne découvrir que la seconde chez le fermier. Il nous paraît encore plus difficile d'établir que l'usufruitier n'a que l'exploitation économique et non l'appropriation économique de la chose. L'exemple de la législation anglaise, dans laquelle l'usufruit n'est en réalité qu'une propriété *ad tempus*, nous semble constituer une objection sérieuse contre cette théorie (1).

V. b) *Théorie de M. Karlowa*. — Selon M. Karlowa (2), les interdits *Retinendae possessionis* ont été créés pour résoudre la question de possession, indépendamment de tout débat sur la propriété. Pendant long-

(1) Lehr, *Elém. de droit civil anglais*, p. 180.

(2) *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 318 et ssv.

temps, la *legis actio sacramenti* suffit pour trancher tous les procès en revendication qui s'élèvent sur le territoire restreint de l'*ager romanus* primitif. Peu à peu, les limites de cet *ager romanus* reculent, le nombre des tribus s'accroît, les mutations de propriété deviennent plus fréquentes. Les anciens liens de communauté, d'amitié, de parenté, se relâchent et les voisins cherchent à arrondir leur domaine au détriment de leurs voisins. Les procès deviennent plus nombreux, les preuves plus difficiles et moins rapides, à raison des distances. A cette époque, la *legis actio sacramenti* est insuffisante et le préteur crée une procédure spéciale : les interdits *Retinendae possessionis*, qui, en leur qualité de *judicia extraordinaria* permettent d'agir en dehors des *rerum actus*. Le débat y porte non sur le point de savoir qui est *dominus ex jure quiritium*, mais sur celui de savoir *uter possessor sit*. M. Karlowa s'appuyant sur des arguments uniquement relatifs à l'interdit *Unde vi*, mais qu'il lui est permis d'étendre par voie d'analogie à l'interdit *Uti possidetis* et à l'interdit *Utrubi*, puisque ces trois interdits protègent, selon lui, la même espèce de possession, conjecture qu'antérieurement à la création des interdits possessoires, il existait en fait une certaine notion de possession. On entendait par là une certaine maîtrise de fait générale portant sur la substance de la chose et donnant un certain pouvoir de disposition sur elle.

Cette maîtrise se rencontre chez le créancier gagiste qui acquiert la faculté de disposer de la chose dans la

mesure où cela lui est nécessaire pour assurer le succès de sa poursuite. Elle existe chez le précariste, toutes les fois que le concédant lui a donné un certain pouvoir de disposition, en l'autorisant, soit à modifier le mode de culture, soit à faire des constructions. Le créancier gagiste, dans tous les cas, et le précariste, dans certains cas, se sont ainsi trouvés investis de la protection des interdits, par ce seul fait que ceux-ci portaient sur le point de savoir qui est possesseur.

Sans nous attarder à faire dans la théorie de M. Karlowa la part d'un certain nombre d'idées qui nous paraissent très justes, adressons-lui immédiatement une objection décisive. Il nous semble difficile d'admettre que le créancier gagiste ait été, à l'époque de la création des interdits possessoires, dans une situation telle qu'il ait dû être considéré comme investi de cette maîtrise de fait générale sur la chose, qu'on désignait du nom de *possessio*. L'histoire du droit romain nous apprend que dans la première phase de son développement historique, le gage se présente sous une double forme : l'aliénation fiduciaire, qui rend le créancier propriétaire et lui donne en cette qualité les interdits possessoires, et la remise matérielle d'un objet à titre précaire, et, très probablement, d'une manière provisoire, en attendant que le débiteur fournisse des cautions (1). Dans une se-

(1) Caton, *De r. r.*, 146, 5. « Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pignori sunt. » V. Cuq, *Instit. jurid. des Rom.*, I, p. 636 et 637 ; Girard, *Manuel*, p. 742 n. 3.

conde phase, apparaît le *pignus* proprement dit, dans lequel le créancier n'acquiert plus que la possession, le débiteur gardant la propriété. Cette innovation n'a pu se faire que de deux manières : soit par un accord de volontés que l'usage consacre de plus en plus, et, par lequel les parties, au lieu de réaliser une aliénation fiduciaire, qui transporte la propriété et la possession au créancier, conviennent de ne plus transférer au créancier que la possession ; soit par une intervention du prêteur accordant la protection des interdits à la détention précaire des créanciers, qui n'avaient obtenu que la remise matérielle d'un objet. Qu'on adopte l'une ou l'autre solution, la théorie de M. Karlowa est mise en échec. Dans la première opinion, le créancier gagiste acquiert les interdits possessoires en vertu d'un accord de volontés, intervenu entre son débiteur et lui. Dans la seconde opinion, on ne peut pas dire que le détenteur précaire d'un objet, donné comme garantie provisoire, apparaisse comme investi de cette maîtrise de fait générale, qui constitue la possession et doit recevoir, à ce titre, la protection des interdits possessoires.

VI. c) *Théorie de M. Ubbelohde* (1). — M. Ubbelohde déclare adhérer à cette pensée fondamentale de M. Karlowa que les interdits *retinendae possessionis* ont été imaginés pour remédier à l'insuffisance de la *legis actio*

(1) *Loc. cit.*, p. 633 et ssv. ; cf. aussi p. 486 et ssv.

sacramenti in rem ; mais il n'admet pas que la notion de possession ait préexisté en fait à la création des interdits possessoires et que le champ d'application de ces interdits ait été ainsi délimité dès l'origine. Le premier interdit possessoire, qu'aurait imaginé le préteur, serait, selon M. Ubbelohde, l'interdit *De vi armata*. Les violences à main armée ont appelé de bonne heure une répression et celle-ci était d'autant plus impérieusement réclamée, qu'il n'y eut pas de loi criminelle, à cet égard, avant la seconde moitié du VII^e siècle. L'objet propre de l'interdit *De vi armata* fut moins la protection de la relation matérielle de la personne avec l'immeuble que la répression de la violence. Le préteur s'est ici contenté d'une relation matérielle très faible. Ainsi s'explique l'absence de la clause « *cum ille possideret* » dans la formule de l'interdit *De vi armata*.

La création de cet interdit avait inauguré la protection des rapports de pur fait de la personne avec la chose, indépendamment de toute question de droit. Le préteur continua son œuvre en créant d'abord l'interdit *Uti possidetis*, puis l'interdit *De vi cottidiana*. Son objectif principal ne fut plus ici la répression du trouble ou de la violence, ce fut la protection du rapport matériel de la personne avec la chose.

Néanmoins, il n'y eut pas, selon M. Ubbelohde, de notion de possession préexistante à l'introduction des interdits possessoires. La pratique romaine se laissa guider arbitrairement par des considérations d'intérêt

pratique, pour accorder les interdits possessoires à telle ou telle situation de fait, ainsi notamment, à la détention du créancier gagiste et à celle du précariste. Le préteur se contenta de désigner toutes les situations de fait, qu'il protégeait, sous le nom de *possidere*, laissant aux jurisconsultes le soin de procéder à une analyse théorique des différents cas d'application des interdits possessoires et d'en dégager une notion de possession.

Envisagée au seul point de vue qui nous occupe, la théorie de M. Ubbelohde soulève une objection qui nous paraît décisive. Nous verrons, plus loin, que les interdits *retinendae possessionis* n'ont pas pour but de protéger telle ou telle situation de fait. Ils ont pour objet de trancher une *controversia possessionis*. Ils supposent deux personnes qui prétendent à la possession et le rôle du préteur n'est pas d'attribuer la possession à l'une des parties en lui accordant les interdits possessoires, mais de délivrer un ordre qui s'adresse indistinctement aux deux adversaires et dont la violation permettra aux plaideurs de faire trancher leur contestation sur la question de possession.

VII. d) *Théorie de M. Cuq* (1). — M. Cuq n'admet pas que les différents interdits possessoires procèdent d'un même développement historique.

La création de l'interdit *Uti possidetis* a été provo-

(1) *Rech. sur la poss.*, p. 16-22.

quée par la nécessité de remédier à l'insuffisance de la *legis actio sacramenti in rem* (1). Les lenteurs de la procédure poussèrent les particuliers à se faire justice à eux-mêmes. Le préteur vint faire cesser cette cause de trouble pour la cité en protégeant celui qui avait une possession non viciieuse à l'égard de son adversaire.

L'interdit *Utrubi* fit son apparition après la seconde Guerre Punique. Il fut créé sous l'influence de certaines circonstances historiques, que M. Cuq précise, et, qui avaient fait naître des conflits nombreux et délicats sur la question de savoir quel était le maître de tel ou tel esclave. Pour tourner les difficultés auxquelles donnaient lieu ces procès, le préteur aurait permis de *ducere servum* à celui qui avait eu l'esclave le plus longtemps pendant la dernière année.

La protection possessoire ne serait apparue au début que sous une forme concrète et avec un champ d'application restreint. La formule primitive de l'interdit *Uti possidetis* n'aurait visé que les fonds de terre, celle de l'*Utrubi* les esclaves. C'est par un développement postérieur, achevé vers la fin de la République, que la protection possessoire fut étendue aux maisons et aux meubles autres que les esclaves. La notion abstraite de possession et la distinction théorique de la possession et de la détention est de beaucoup postérieure à la création des interdits *retinendae possessionis*. Elle n'est

(1) M. Cuq signale comme inconvénients de la *legis actio sacramenti* ceux que nous avons relevés sous la théorie de M. Karlowa.

encore faite, en 685, dans le *Pro Caecina* de Cicéron, que sous une forme concrète.

A une époque, où la distinction de la possession et de la détention n'existait pas encore et où la notion de *juris possessio* n'était pas encore connue, le besoin se fit sentir de protéger le créancier gagiste et le précariste contre les tiers, et même de protéger le créancier contre le débiteur qui avait constitué le gage. Le préteur, ne distinguant pas encore la possession de la détention, n'hésita pas à accorder à ces personnes le bénéfice des interdits possessoires. Historiquement, la possession du créancier gagiste et celle du précariste ne se présentent donc pas comme des anomalies. Elles ne revêtent un caractère exceptionnel que le jour où les jurisconsultes romains conçoivent la possession comme l'exercice du droit de propriété, distinguent la possession de la détention, en en faisant une détention à titre de propriétaire. Ce caractère anormal s'accuse davantage encore, lorsque la notion de *juris possessio* apparaît dans le droit romain.

Le dépositaire séquestre n'est qu'un détenteur, auquel la possession est concédée *utilitatis causa* pour lui permettre de remplir sa mission.

M. Cuq ne se prononce pas nettement, nous semble-t-il, sur le point de savoir si l'interdit *Uti possidetis* a pour objet principal de trancher une *controversia possessionis* ou de prévenir un trouble futur (1).

(1) *Loc. cit.*, p. 18.

Nous ne contestons pas que la *controversia possessionis* ait pu donner lieu à des luttes entre particuliers, et, nous admettrons même que les interdits *Retinendae possessionis* ont été créés pour mettre fin à ces conflits matériels. On peut donc dire que la création de nos interdits a été provoquée par le désir de faire cesser « une cause de trouble pour la cité ». Mais nous ne croyons pas que le préteur veuille atteindre ce but directement par le *vim fieri veto* de l'interdit. Le § 170 du C. IV de Gaius semble nous dire que la violation de cet ordre était primitivement l'issue normale de l'interdit *Uti possidetis*, et même l'issue désirée du préteur, puisque celui-ci s'est vu dans la nécessité de créer un nouveau moyen, l'*interdictum secundarium*, pour le cas où l'un des plaideurs se refusait à l'accomplissement de cette *vis adversus edictum praetoris*. Le préteur romain n'a entendu mettre fin à ces conflits matériels que d'une manière indirecte et par contre-coup, en tranchant la *controversia possessionis*, qui était la cause de ces discordes.

Il importe, croyons-nous, de prendre parti sur cette question. Si l'on admet que nos interdits ont pour but direct de prévenir des troubles à venir, on conçoit que le préteur, en intervenant pour protéger telle ou telle catégorie de personnes par le moyen de nos interdits, leur donne l'avantage de la possession et en fasse des possesseurs. La protection possessoire est accordée à tel ou tel détenteur, suivant que le besoin s'en fait sen-

tir. On s'explique ainsi qu'à une époque où la possession et la détention n'étaient pas encore distinguées, certains détenteurs, comme le créancier gagiste et le précariste, aient obtenu la faveur des interdits possessoires, tandis qu'elle était refusée à d'autres, comme le fermier et l'usufruitier. Nous aboutissons alors, dans une large mesure, à la théorie de M. Ubbelohde. Nous verrons plus loin que cette manière de voir ne se concilie pas avec l'organisation de la procédure des interdits *Retinendae possessionis*.

La difficulté n'est pas moindre, dans l'opinion de M. Cuq, si l'on admet, en ce qui concerne l'interdit *Uti possidetis*, du moins, qu'il ait pour objet principal de faire trancher une *controversia possessionis*. En effet, s'il est exact que non seulement à l'époque de la création de cet interdit, mais même encore assez longtemps après, la possession et la détention soient confondues à tel point que l'usufruitier soit considéré comme possesseur (1) et que le créancier gagiste et le précariste puissent se servir des interdits *retinendae possessionis*, sans qu'il y ait là une anomalie (2), nous craignons bien qu'on ne soit entraîné à cette conséquence que l'objet du débat dans l'interdit *Uti possidetis* porte uniquement sur le point de savoir qui est détenteur. Et, dès lors, nous nous demandons pourquoi le fermier et l'usufruitier ne peuvent pas, en se prévalant de la qualité de

(1) Cuq, *loc. cit.*, p. 39.

(2) Cuq, *loc. cit.*, p. 54.

fermier ou d'usufruitier, venir à nos interdits et y triompher.

VIII. *Deuxième groupe.* — Nous pourrions réunir ici toutes les théories qui font naître les interdits *Retinendae possessionis* dans une connexité plus ou moins étroite avec la procédure de la *rei vindicatio*. La conséquence de toutes ces théories, c'est que le créancier gagiste et le précariste, ne pouvant pas figurer à la revendication ne peuvent pas normalement se prévaloir de nos interdits. Par suite, les cas de possession dérivée constituent, au point de vue historique, des anomalies.

Nous allons, d'abord, nous efforcer de justifier, d'une manière générale, toute tentative de faire naître nos interdits à l'occasion de la revendication. Nous examinerons, ensuite, deux théories spéciales qui nous paraissent devoir retenir notre attention.

Nous croyons utile, en commençant cette étude, de jeter rapidement un regard sur la procédure des interdits *Retinendae possessionis*. Cet examen nous permettra de repousser certaines opinions que nous venons de rapporter et nous donnera l'occasion d'écarter à nouveau les autres. Il nous sera, après cela, plus facile d'établir que nos interdits se lient, dès leur origine, à la *rei vindicatio*.

Pour mettre plus de clarté dans cette discussion, nous ne nous occuperons que de l'interdit *Uti possidetis*. Mais nous posons en principe qu'on peut appliquer de tous

points à l'interdit *Utrubi* ce que nous dirons pour l'interdit *Uti possidetis*. Si la formule de l'interdit *Utrubi* ne mentionne pas textuellement la condition de possession, nous croyons qu'elle y a toujours été sous-entendue. Sauf l'addition de la clause relative aux vices, la formule de l'interdit *Utrubi* paraît bien avoir toujours été la même. Si les jurisconsultes classiques n'hésitent pas à sous-entendre dans cette formule la condition de possession, nous croyons légitime de conclure que cette même formule a dû commander de tout temps ce même sous-entendu. La seule différence qu'on puisse peut-être signaler entre l'interdit *Uti possidetis* et l'interdit *Utrubi*, c'est que les parties, devant, dans l'interdit *Utrubi*, apporter l'objet mobilier *in jure*, peuvent, lorsqu'elles viennent demander la délivrance de l'interdit, procéder immédiatement, devant le magistrat, à la réalisation de la *vis adversus edictum praetoris* (1).

L'étude de la procédure de l'interdit *Uti possidetis* nous prouvera que cet interdit n'a pas pour but de réprimer un trouble passé, qu'il n'a pas pour but principal et direct de prévenir un trouble futur, mais qu'il a pour objet propre de trancher une *controversia possessionis*.

L'interdit *Uti possidetis* n'a pas le caractère d'une action *ex delicto*, servant à faire obtenir réparation d'un trouble passé. Ihering a démontré d'une façon péremptoire que cet interdit n'est pas une action *ex delicto*.

(1) V. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 451 et 452.

to (1). Plusieurs arguments prouvent que cet interdit n'a pas pour objet la répression d'un trouble passé : l'ordre du préteur est rédigé pour l'avenir (2) ; les *sponsiones* et les *restipulationes* s'engagent sur la *vis* postérieure à la délivrance de l'interdit (3), l'auteur du trouble peut prendre l'initiative en demandant la délivrance de l'interdit et triompher de son adversaire (4).

La recension récente du paragraphe 170 C. IV de Gaius est venue confirmer, d'une manière décisive, ces différents arguments.

Elle est même venue prouver, croyons-nous, que l'interdit *Uti possidetis* n'a pas pour but principal de prévenir les troubles futurs. La *vis adversus edictum praetoris* y est, en effet, présentée, comme nécessaire pour le but que poursuit le préteur. Sans elle, *non poterat res expediri*. Le fait que certains plaideurs se refusent à accomplir cette *vis* et entravent ainsi la marche de la procédure amène le préteur à créer un *interdictum secundarium*, qui lui permet de trancher la *controversia possessionis* contre celui qui s'est dérobé à l'instance. Celui-ci est donc condamné pour le seul fait d'avoir re-

(1) *Fondement des interd. poss.*, p. 7-19.

(2) Gaius, IV, 160 : « Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto ».

(3) Cic., *Pro Caecina*, 16, 45 : « cum optime sponsionem facere possent, ni adversus edictum praetoris vis facta esset ».

(4) Cf. Esmein, *Théorie de la possession en Allemagne* dans *Nouv. Rev. hist. du dr. fr.*, 1877, p. 491 ; Jean Appleton, *Essai sur le fondement de la protection possessoire*, p. 20 et suiv. ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 416-418.

fusé d'enfreindre l'ordre du préteur : *itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis, si cetera ex interdicto...* Un passage du *Pro Caecina* de Cicéron nous prouve que cette *vis ex interdicto* se réalise à jour convenu et en présence de témoins (1). Ces précautions paraîtraient, certes, plus que superflues à celui qui se proposerait de violer réellement une défense faite par un magistrat. Enfin comme le remarque très justement M. Saleilles (2), si l'interdit *Uti possidetis* n'avait d'autre raison d'être que de prévenir les troubles futurs, Ulpien (3) ne prendrait pas soin de préciser aussi minutieusement les caractères que doit présenter le trouble possessoire antérieur à la délivrance de cet interdit. Les particuliers devraient pouvoir obtenir la délivrance de cet interdit, dès qu'ils établissent, d'une manière quelconque, la menace d'un trouble prochain.

Nous croyons, après la brillante démonstration qu'en a faite M. Saleilles (4), que l'interdit *Uti possidetis* a pour but principal et direct de trancher une *controversia possessionis*. Toutes les pièces de la procédure de cet interdit le prouvent : le trouble antérieur à la délivrance de l'interdit *Uti possidetis* n'est requis que pour mani-

(1) *Pro Caec.*, 16, 45 : « At vero hoc quidem jam vetus est et majorum exemplo multis in rebus usitatum, cum ad vim faciendam reniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent. »

(2) *La controversia possessionis*, p. 34.

(3) L. 3, D. *uti poss.*, 43, 47.

(4) *La contro. poss.*, p. 32-37 ; p. 70-73.

fester une *controversia possessionis* (1) ; la défense du *vim fieri veto* s'adresse indistinctement aux deux plaideurs, mais celui-là seul commettra une *vis adversus edictum praetoris* qui, n'ayant pas la possession, aura troublé son adversaire dans sa possession ; la *vis adversus edictum praetoris* est un acte de procédure, consistant dans un trouble, qui doit nécessairement être réciproque (2), pour permettre l'engagement d'une *sponsio* et d'une *restipulatio* sur le trouble que chaque partie prétend avoir subi, et que les plaideurs réalisent à jour convenu sur l'immeuble en présence de témoins (3) ; le caractère double de la procédure et la *fructuum licitatio* éveillent l'idée de deux parties jouant un rôle identique, élèvent les mêmes prétentions, et excluent toute idée de poursuite d'un délinquant par sa victime ; le débat devant le *iudex* ou les *recuperatores* porte uniquement sur le point de savoir qui est possesseur ; car celui-là seul doit être condamné qui, n'ayant pas la possession, a troublé la possession de son adversaire, contrairement à la défense du prêteur ; enfin, l'*interdictum secundarium* a été créé parce que certains plaideurs,

(1) L. 3, § 2, D. *uti possidetis*, 43, 17 : « Hoc interdictum sufficit ei qui aedificare in suo prohibetur : etenim videris mihi *possessionis controversiam facere*... » ; l. 3, § 4. D. *eod. tit.* « nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas ».

(2) Gaius, IV, 160 : « Uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis. »

(3) *Pro Caec.*, 16, 45. V. Saleilles, *La controuv. poss.*, p. 40 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 442.

convaincus du mauvais état de leur cause, se dérobaient à l'instance et faisaient ainsi obstacle à ce que la *contro-versia possessionis* fût tranchée, son effet est de faire résoudre la question de possession contre celui qui s'est dérobé à l'instance, soit qu'il se traduise par un ordre de restitution, si le vaincu a la détention de la chose, soit qu'il se traduise par la défense, adressée personnellement au vaincu « *vim illi possidenti ne faciat* » (1).

Ce coup d'œil rapide sur la procédure de nos interdits nous fournit une conclusion d'un grand intérêt pour la question qui nous occupe. Si les interdits *Retinendae possessionis* n'ont pas été créés comme moyens de protection contre des troubles, soit passés, soit même futurs, on ne s'explique pas facilement que nos interdits aient pu être accordés, un peu arbitrairement, à telle ou telle catégorie de personnes, suivant les besoins de la vie. On comprendrait cette intervention empirique du préteur, si le rôle de nos interdits était de protéger la relation matérielle d'une personne avec une chose. Ici encore, il importerait cependant de répondre à certaines objections faites par Ihering à la théorie de Savigny, et qui nous paraissent avoir une portée générale, et, l'on devrait indiquer pourquoi nos interdits ont été refusés à un grand nombre de personnes, qui ont la détention matérielle d'une chose, comme les fermiers, les usufruitiers et les détenteurs des *res extra commercium*.

(1) Gaius, IV, 170.

Ces remarques constituent une forte présomption contre la théorie de M. Cug et contre celle de M. Ubbe-lohde. MM. Saleilles et Karlowa échappent complètement à cette critique. Ils admettent, tous deux, l'existence, en fait, d'une notion de possession antérieure à la création des interdits possessoires et assez large pour comprendre les cas de possession dérivée. Les interdits *Retinendae possessionis* ont pour objet de trancher la question de savoir à qui appartient cette maîtrise de fait qui constitue la possession. Ces deux théories sont donc en parfaite concordance avec la procédure de nos interdits. Nous les avons écartées plus haut pour des motifs tout à fait étrangers à la procédure. Il nous faut maintenant rechercher quelle est cette notion de possession, qui a dû, dès l'origine de nos interdits, faire l'objet de la *controversia possessionis*.

Nous croyons que cette notion de possession s'est trouvée, dès la naissance de nos interdits, dans une étroite connexité avec la propriété. Nous n'avons pas à reprendre la théorie si brillante, dans laquelle Ihering nous montre la possession comme un poste avancé, où les propriétaires livrent des combats d'avant-garde pour la protection de leur droit, mais où ils peuvent subir une défaite momentanée. Plusieurs des arguments mis en avant par le savant auteur du *Fondement des Interdits possessoires* ont pu être réfutés (1), sa théorie n'en garde

(1) Bruns, *Besitzklagen*, p. 7 et ssv. ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procédure*, I p. 426.

pas moins des points d'appui très sérieux. Cette règle de l'époque classique que la possession n'est pas possible là où la propriété ne l'est pas (fils de famille, *res extra commercium*) lui fournit une base très solide.

Ajoutons que les premiers témoignages que nous avons sur les interdits possessoires, soit interdit *Uti possidetis*, soit interdits récupérateurs *de vi*, nous montrent tous une *controversia possessionis* soulevée par des personnes qui prétendent en même temps à la propriété.

Nous n'avons pas à rappeler le passage connu de Frontinus (1) qui nous présente textuellement les interdits possessoires comme des préalables à la revendication.

En remontant de plus en plus dans le passé, nous rencontrons d'abord le témoignage de Festus (2) :

Possessio est, ut definit Ælius Gallus, usus quidem agri aut ædificii non ipse fundus aut ager; non enim possessio est e rebus, quæ tangi possunt, neque qui dicit se possidere is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur : Uti nunc possidetis eum fundum, quo de

(1) 44, 4 : « De loco si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur : magna enim alea est litem ad interdictum deducere cujus est executio perplexissima. Si vero possessio minus firma est, mutata formula, jure Quiritium peti debet proprietas loci. »

(2) Ælius Gallus ap. Festus, v^o *Possessio*.

agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

Dans la première partie du texte, Festus pense à la distinction des *res corporales* « *quae tangi possunt* » et des *res incorporales* « *quae in jure consistunt* » (1). La propriété, aux yeux des jurisconsultes romains, est une *res corporalis* et se confond avec la chose elle-même ; la possession, au contraire, d'après Festus, ne doit pas se confondre avec la chose, elle n'en est que l'usage. Notre auteur en tire cette conclusion : *Neque qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere*. Dans la seconde partie du texte, Festus nous dit que les possesseurs d'immeubles préfèrent agir par l'interdit *uti possidetis* plutôt que par la *legis actio*. Les expressions mêmes du texte : *Nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit* nous prouvent qu'ils'agissait d'immeubles pour lesquels les parties avaient le choix entre la revendication et l'interdit *Uti possidetis*, par conséquent d'immeubles susceptibles de propriété privée, et d'autre part, que les possesseurs, dont il est ici question, pouvaient en même temps prétendre à la propriété.

Le *Pro Caecina* nous montre aux prises dans l'interdit *De vi armata* deux possesseurs qui affirment également avoir un droit de propriété sur la chose.

Tite-Live (2) nous rapporte pour l'année 570 un con-

(1) Gaius, II, 13 et 14.

(2) Livius, 40, 17.

flit possessoire, dans lequel chacune des parties se disait en même temps propriétaire.

Si, à cette étroite connexité de la possession et de la propriété, nous joignons les deux ressemblances (1) que le caractère double des interdits *Retinendae possessionis* et la *fructuum licitatio* constituent entre la procédure de ces interdits et celle de la *rei vindicatio* dans la forme de la *legis actio sacramenti*, nous nous croyons autorisés à conjecturer que nos interdits ont été liés de très près dès leur naissance à la propriété et à la revendication.

IX. En partant de cette idée, nous rencontrons dans la doctrine deux théories qui peuvent invoquer chacune en leur faveur des arguments très sérieux : l'une fait naître les interdits *Retinendae possessionis* pour permettre aux plaideurs d'écarter d'un commun accord l'emploi de la *legis actio sacramenti in rem*, l'autre soutient que ces interdits ont été créés pour déterminer le rôle des plaideurs à la revendication.

La première théorie est soutenue par M. Jobbé-Duval, la seconde s'attache au nom de Ihering, elle est aujourd'hui principalement admise, en France, par M. Girard.

Selon M. Jobbé-Duval (2) les interdits *Retinendae possessionis* constituent, à leur origine, une procédure de

(1) Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 414-416.

(2) *Etudes sur la procéd.*, I, p. 423-432.

transaction entre la *legis actio sacramenti in rem* et l'action *in rem per sponsionem*.

Ils offrent sur la *legis actio sacramenti in rem* plusieurs avantages (1) : notamment, ils dispensent les plaideurs de l'obligation de fournir des *praedes* et leur permettent d'agir en dehors des *rerum actus*. Pour se soustraire à la procédure normale de la *legis actio sacramenti*, les adversaires engagent le débat sur un terrain autre que celui de la propriété, mais de telle façon que la défaite de l'un d'eux sur l'interdit constitue un préjugé contre lui, s'il s'avise ensuite de recourir à la *legis actio sacramenti in rem*.

Cette théorie, à défaut de texte, peut invoquer des arguments de très grande vraisemblance. Il est à remarquer que les interdits les plus anciens concourent avec d'autres moyens de procédure et présentent vis-à-vis de ceux-ci plusieurs avantages (2).

En vertu de cette tendance, très apparente dans l'histoire du droit romain, à ne pas imposer les innovations de procédure par voie de disposition impérative, mais à laisser le choix aux plaideurs entre le nouveau moyen et l'ancien, il est permis de conjecturer que les particuliers ont eu la faculté d'agir ou par ces interdits ou par l'action ancienne.

(1) Avantages des interdits, en général, sur les moyens de procédure avec lesquels ils concourent, p. 275-286 ; avantages des interdits possessoires, en particulier, sur la *legis actio sacramenti in rem*, p. 424-432.

(2) *Etudes sur la procéd.*, I, p. 261-275.

Le point le plus délicat de cette théorie consiste à établir que la question de propriété se trouve préjugée par suite de la solution donnée à un débat qui s'élève sur un autre terrain. M. Jobbé-Duval s'appuie ici sur des arguments d'analogie tirés de l'histoire générale du droit : la *δίκη καρπού* ou *ἐνοικήσιος* nous montre, à Athènes, la question de propriété, préjugée sous la forme d'une action en restitution des fruits du fonds de terre ou de la maison ; la *complainte en cas de saisine et de novellété*, dans notre ancien droit français, avant de devenir une action purement possessoire, servit à préjuger la question de propriété sous le couvert d'une question de possession.

En faveur de cette théorie, on peut se prévaloir de la ressemblance qui existe entre les interdits *Retinendae possessionis*, notamment l'interdit *Utrubi*, et la *rei vindictio per legis actionem sacramenti*. Enfin, le § 170, C. IV de Gaius lui donne un point d'appui très solide. Ce texte nous montre, en effet, qu'à l'origine de l'interdit *Uti possidetis*, l'un des plaideurs pouvait, à tout instant, jusqu'à la *litis contestatio*, s'opposer d'une manière absolue à la continuation de la procédure. Ce ne fut qu'à une époque postérieure qu'on créa l'*interdictum secundarium*, pour contraindre indirectement les plaideurs à accomplir les différents actes de la procédure. Cette particularité de la procédure primitive de nos interdits *Retinendae possessionis* accuse nettement la nécessité d'un accord maintenu des parties pour pouvoir poursuivre

l'instance jusqu'au bout sur le terrain des interdits.

Cette théorie trouve donc, en l'absence de toute preuve concrète, des arguments d'une très grande valeur. La grosse difficulté consiste évidemment à établir que nos interdits qui, à l'époque classique ont uniquement pour objet de trancher la question de possession, sans influencer en rien sur la solution à donner à la question de propriété, aient servi primitivement à préjuger la question de propriété. La *δίκη καρπού* ou *ἐνοικίου* a toujours gardé le même caractère et est toujours restée un procédé judiciaire pour masquer la revendication. La *complainte en cas de saisine et de novellété* seule nous présente une évolution identique à celle qui aurait lieu pour nos interdits possessoires.

X. L'absence de tout document concret, établissant que nos interdits ont subi une transformation de ce genre, provoque en nous quelque hésitation à adopter cette opinion et fait obstacle à ce que nous nous détachions d'une théorie qui nous a été enseignée, d'après laquelle les interdits *Retinendae possessionis* ont été créés pour servir de préalable à la revendication et qui a l'avantage de s'appuyer sur un texte formel, le paragraphe 148 du C. IV de Gaius.

Cette théorie a cependant soulevé de nombreuses objections sur lesquelles nous allons arrêter quelques instants notre attention.

On invoque généralement à l'appui de cette opinion

deux textes : Gaius, IV, 148 et Ulpien, l. 1, § 1, 2 et 3, D. *uti poss.*, 43, 17 :

Gaius, IV, 148 : « *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat ; cujus rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi.* »

Ulpien, l. 1, D. *uti poss.*, 43. 17 : « 1. *Hoc interdictum de soli possessore SCRIPTUM EST, quem potiores praetor in soli possessione habebat, et est prohibitorum ad retinendam possessionem.* — 2. *Hujus autem interdicti PROPONENDI causa haec fuit ; quod separata esse debet possessio a proprietate ; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit ; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit : fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.* — 3. *Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est : ille possessoris commodo, quem convenit possidere ; ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat : tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* »

Certains auteurs (1) ont prétendu, pour écarter ces textes, qu'ils indiqueraient non pas la cause qui a provoqué la création de nos interdits, mais celle qui aurait déterminé Salvius Julianus à les insérer dans l'Edit perpétuel.

(1) *Rechts* Karlowa, *Röm.gesch.*, II, p. 318.

Nous ne contestons pas que cette objection ne porte dans une certaine mesure. Elle atteint, croyons-nous, le texte d'Ulpien, mais non celui de Gaius.

Il est exact qu'Ulpien ne songe qu'au rôle de l'interdit *Ut possidetis* dans l'Edit perpétuel. Le texte, dont nous nous occupons, est, en effet, extrait du livre 69 du commentaire d'Ulpien *ad Edictum*, dans lequel ce jurisconsulte commentait la formule de l'interdit insérée dans l'Edit. Certaines expressions du texte ne laissent d'ailleurs aucun doute sur sa pensée : « *Hoc interdictum... SCRIPTUM est* », *Hujus autem interdicti PROPONENDI causa haec fuit*.

Le texte de Gaius nous paraît, au contraire, décisif. Les expressions *comparata sunt* éveillent l'idée d'un certain apprêt, d'un certain travail de façonnement. La codification ou l'insertion dans l'Edit n'est qu'un travail de reproduction d'une formule construite antérieurement par les préteurs.

M. Ubbelohde (1), il est vrai, adresse à l'argument que nous tirons du mot *comparata* une objection beaucoup plus forte. Ce mot désignerait non pas le travail de façonnement accompli par le préteur lors de la création de nos interdits, mais un travail d'adaptation de ces interdits à la nouvelle fonction qu'on voulait leur faire jouer comme préalables à la revendication.

Cette objection nous semble devoir être rejetée. Les

(1) *Pandekten Commentar*, Serie der Büch. 43 und 44, V. Theil, p. 625.

expressions *comparata sunt* sont employées à plusieurs reprises par le C. IV de Gaius (§§ 35, 70, 71, 143, 147, 169, 170) et, dans plusieurs cas, il est incontestable que ce jurisconsulte indique par ces expressions la raison d'être de l'introduction du moyen de procédure dont il s'occupe (Gaius, IV, 169 pour le *judicium cascelianum*, Gaius, IV, 170 pour l'*interdictum secundarium*). Le § 35 C. IV de Gaius contient même un rapprochement tout à fait significatif. Après nous avoir indiqué l'utilité et les caractères de la formule Rutilienne, le jurisconsulte romain ajoute : « *quae species actionis appellatur rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem* INTRODUXISSE *dicitur, COMPARATA est* » si Gaius avait voulu nous dire que les interdits *retinendae possessionis* ont été transformés pour pouvoir jouer le rôle de préalables à la revendication, il se fût servi de l'expression *accommodata* (1).

Si formel que soit le témoignage de Gaius, nous n'hésiterions pas à n'en tenir aucun compte, si l'on adressait à la théorie, à laquelle nous nous rallions, des objections irréfutables. Nous croyons, au contraire, qu'on a beaucoup exagéré les difficultés que soulève cette théorie.

M. Cuq objecte que « si les interdits avaient été imaginés pour fixer le rôle des parties dans la revendication ils auraient dû avoir à l'origine une portée générale et

(1) Gaius, IV, § 144.

s'appliquer aux maisons aussi bien qu'aux fonds de terre, aux meubles aussi bien qu'aux immeubles (1) ».

Il importe de bien préciser la portée de cette objection. La théorie, d'après laquelle les interdits *Retinendae possessionis* ont été créés dans le but de déterminer le rôle des parties à la *rei vindicatio*, n'implique pas nécessairement, croyons-nous, que ces interdits aient été créés d'une manière abstraite et générale par une décision du préteur. Il y eut, à cet égard, une pratique qui s'introduisit peu à peu, que le temps vint consacrer et par laquelle le préteur intervint dans telle ou telle hypothèse concrète, par voie de décret, pour trancher une *controversia possessionis*.

Mais, s'il est exact que les interdits *Retinendae possessionis* ont pour but de préparer l'instance en revendication, ces interdits doivent, comme la revendication, s'appliquer aussi bien aux maisons qu'aux fonds de terre, à tous les meubles et non seulement aux esclaves. La restriction de ces interdits aux fonds de terre et aux esclaves serait certainement inconciliable avec cette théorie.

Il est à remarquer, nous ne le contestons pas, que la formule de l'interdit *Uti possidetis*, relative aux fonds de terre, paraît tenir la première place dans l'édit et que les commentaires traitent en premier lieu de la possession des fonds de terre (2). Ce fait, peut-être accidentel,

(1) *Rech. sur la poss.*, p. 15.

(2) Lenel, *Das Edict. Perpet.*, p. 378.

ne nous paraît pas tellement significatif qu'on puisse en déduire cette conséquence que l'interdit *Uti possidetis* ne s'est pas appliqué primitivement aux maisons. Cet argument n'est, d'ailleurs, pas invoqué par M. Cuq.

Parmi les arguments dont se sert M. Cuq, il en est une catégorie que nous croyons pouvoir écarter de prime abord. Nous ne pensons pas qu'on puisse de ce fait que les deux ou trois premiers témoignages que nous avons relativement à l'interdit *Uti possidetis* ou à l'interdit *Utrubi* ne parlent que du *fundus*, du *locus* ou des esclaves, conclure que ces interdits ne soient pas applicables aux autres choses. Nous n'avons là que des exemples et les renseignements que nous avons sur cette époque sont trop peu nombreux pour en tirer une conclusion aussi générale.

La notion de possession s'applique certainement aux maisons à l'époque d'Ælius Gallus. Elle nous paraît déjà s'y appliquer à l'époque du *Pro Caecina* de Cicéron.

Le *Pro Caecina* nous montre d'abord que l'interdit *De vi armata* s'appliquait aux maisons comme aux fonds de terre (1). Il nous prouve, en second lieu, qu'il y avait déjà, à cette époque une notion abstraite de possession s'appliquant aussi bien aux maisons qu'aux fonds de terre. L'un des points les plus débattus entre Cicéron et son adversaire C. Pison était de savoir si *Caecina* pouvait triompher dans l'interdit *De vi armata*, alors qu'il

(1) *Pro Caec.*, 12, 35 ; 31, 89 et 90. V. également *Pro Tullio*, 10, 24.

n'avait pas été *dejectus* du *fundus* Fulcinianus, mais qu'il avait été simplement empêché « *prohibitus* » d'y entrer. Pour arriver à prouver que le seul fait d'être empêché d'entrer sur son fonds peut être assimilé à la *dejectio* et suffit pour donner ouverture à l'interdit *De vi armata*, Cicéron prend indifféremment comme base de son argumentation une maison ou un fonds de terre (1), montrant bien par là que les conclusions auxquelles il aboutit à l'égard de l'une ou l'autre chose s'étendent avec la même exactitude à toutes les deux.

M. Cuq (2) a cru trouver dans un passage du *Pro Caecina* (3) la preuve qu'à cette époque, il n'y avait pas encore, dans l'édit du préteur, de formule d'interdit *Ut possidetis* pour les maisons et qu'il fallait encore un décret spécial.

A cet endroit Cicéron, voulant prouver que son client *Caecina* sera dépouillé de tout moyen possessoire, si l'interdit *de vi armata* lui est refusé parce qu'il n'a pas été *dejectus* mais seulement *introire prohibitus*, adresse à son adversaire C. Pison un argument *ad hominem*. Il suppose que, le jour même, une troupe d'hommes armés empêche C. Pison de rentrer dans sa maison. Il lui demande par quelle action il agirait. Si C. Pison n'admet pas que l'interdit *De vi armata* puisse être exercé lorsqu'on est seulement empêché d'entrer sur le fonds, il

(1) *Pro Caec.*, 12, 34 et 35 ; 13, 36 et 37.

(2) *Rech. sur la poss.*, p. 15.

(3) 13, 36.

ne lui reste que l'*actio injuriarum*. Mais l'action *injuriarum* protège la personnalité et non la possession. Et, Cicéron de s'écrier :

Praetor interea, Piso, tanta de re tacebit? quem ad modum te restituat in aedes tuas non habebit?

Il est certain que dans l'hypothèse où se place Cicéron, C. Pison pourrait agir par l'interdit *Uti possidetis* et obtenir la restitution de sa possession, grâce à la clause *nec vi* de cet interdit. M. Cuq en conclut, avec une très grande apparence de raison, qu'il n'y avait pas encore dans l'édit une formule accordant l'interdit *Uti possidetis* pour les maisons. Si cette formule avait existé, l'argument de Cicéron serait faux et tout l'échafaudage de son argumentation s'écroulerait.

Nous croyons cependant que pour bien comprendre ce passage de Cicéron, il importe de le rattacher à ce qui précède et à ce qui suit. A prendre ce texte à la lettre, il prouverait que l'interdit *Uti possidetis* n'était pas accordé pour les maisons, même par décret spécial. Ce point de départ admis, il faudrait aller jusqu'à dire que l'interdit *Uti possidetis* n'est pas accordé par décret spécial même pour les fonds de terre.

Dans ce passage du *pro Caecina* (12,34-44,44), Cicéron pour triompher dans l'interdit *De vi armata* veut établir qu'il n'y a pas d'autre action pour protéger celui qui n'a pas été *dejectus*, mais qui a été simplement *introire prohibitus*. Le début de ce passage nous révèle toute la pensée de Cicéron : « *quum majores nostri tanta*

diligentia prudentiaque fuerint, ut omnia omnium non modo tantarum rerum, sed etiam tenuissimarum jura statuerint persecutique sint, hoc genus unum vel maximum praetermitterent, ut, si qui me exire domo mea coegisset armis, haberem actionem, si qui introire prohibuisset, non haberem? » (13, 34).

Et Cicéron termine son argumentation par un appel direct aux *recuperatores*, dans lequel il montre les conséquences inadmissibles et iniques auxquelles aboutirait une sentence repoussant sa demande sur l'interdit *De vi armata*, puisqu'il n'a pas d'autre moyen d'obtenir justice.

« *Videte, per deos immortales! quod jus nobis, quam condicionem vobismet ipsis, quam denique civitati legem constituere velitis. Hujusce generis UNA est actio PER HOC INTERDICTUM, QUO NOS USI SUMUS, constituta. Ea si nihil valet aut si ad hanc rem non pertinet, quid negligentius aut quid stultius majoribus nostris dici potest, qui aut tantae rei praetermiserint actionem aut eam rem constituerint, quae nequaquam satis verbis causam et rationem juris amplecteretur? » (14, 40).*

C'est dans ce cadre ainsi tracé qu'il faut replacer le passage invoqué par M. Cuq. Cicéron veut, pour décider les *recuperatores* à admettre l'interdit *De vi armata* bien qu'il n'y ait pas eu *dejectio*, leur prouver qu'il n'y a pas d'autre moyen pour Caecina d'obtenir justice. Il n'est jamais fait allusion dans ce passage à l'interdit *Uti possidetis*.

Le langage de Cicéron est formel. Aucun moyen

n'existe dans l'hypothèse en dehors de l'interdit *De vi armata*. *Hujusce generis una est actio per hoc interdictum, quo nos usi sumus, constituta*. S'il songeait à l'interdit *Uti possidetis* et que celui-ci pût être obtenu par un décret spécial, il ne s'exprimerait pas d'une manière aussi catégorique. Pour entraîner la conviction des *recuperatores*, il affirme même que le préteur n'est jamais intervenu d'une manière spéciale pour protéger celui qui avait été empêché de pénétrer sur son fonds : *Unde vi prohibitus? Sic nemo unquam interdixit : novum est, non dico inusitatum, verum omnino inauditum*. Cicéron veut montrer par là qu'il n'y a, pour son client, aucun moyen, même extraordinaire, d'obtenir justice en dehors de l'interdit *De vi armata*.

Cicéron dit, d'ailleurs, d'une manière absolue : *Quem ad modum te restituat in aedes tuas non habebit*, sans distinguer entre l'interdit inscrit dans l'édit ou accordé seulement par décret spécial.

Remarquons, enfin, que si l'on conclut de ce passage à l'absence d'interdit *Uti possidetis* pour les maisons, il faut également conclure à son absence pour les fonds de terre. Le procès qui s'était élevé entre Caecina et Æbutius portait sur un fonds de terre. Or, toute l'argumentation de Cicéron ne tend qu'à une chose : prouver que Caecina n'avait pas d'autre action à sa disposition que l'interdit *De vi armata*. Et Cicéron conclut à l'absence de toute autre action au profit de Caecina en termes aussi catégoriques qu'il ne le fait à l'égard de C. Pison :

« *Nullam esse actionem dicere in re tam insigni tamque atroci neque prudentiae neque auctoritatis tuae est. Alia si quae forte est quae nos fugerit, dic quae sit : cupio discere* » (13, 37).

Hujusce generis UNA est actio, per hoc interdictum, QUO NOS USI SUMUS, constituta (14, 40).

Le premier texte qui mentionne expressément l'application de nos interdits comme préalables à la revendication est de Frontinus (1). Cependant, les premiers témoignages que nous rencontrons sur les interdits possessoires, sans rattacher directement nos interdits à la revendication, nous montrent, du moins, des propriétaires qui, au lieu d'agir au pétitoire, engagent la lutte sur le terrain des interdits possessoires (2).

XI. Il n'y a donc aucun obstacle à ce que les interdits *Retinendae possessionis* aient servi dès l'origine de préalables à la revendication et nous croyons devoir nous en tenir au texte de Gaius. La difficulté, qui surgit maintenant dans cette théorie, consiste à déterminer pour quelle raison et comment on a imaginé de créer nos interdits, afin de déterminer le rôle des parties à la revendication. Nous n'avons pas à examiner les multiples opinions qui ont surgi sur ce point.

La plupart d'entre elles ont été magistralement réfutées.

(1) Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 435.

(2) Cicéron, *Pro Caecina* et *Livius*, 40, 17.

Une opinion répandue qui peut invoquer en sa faveur l'autorité de Ihering et que vient d'adopter M. Girard (1) rattache nos interdits *Retinendae possessionis* à la *datio vindiciarum* de la *legis actio sacramenti in rem*.

Selon M. Girard, les interdits *Retinendae possessionis* auraient été imaginés pour soustraire à l'arbitraire du magistrat l'attribution de la possession intérimaire. Le caractère double de la *legis actio sacramenti* entraînerait comme conséquence l'obligation pour chaque plaideur de prouver son droit de propriété. Si aucun d'eux ne peut faire cette preuve, les deux *sacramenta* sont déclarés *injusta* et la chose reste à celui qui a obtenu la possession intérimaire.

Ce résultat aboutit en fait à décharger celui qui obtient la possession intérimaire du fardeau de la preuve. Son triomphe est toujours assuré, lorsque son adversaire n'arrive pas à établir son droit de propriété. La *collatio* des *vindiciae* peut donc acquérir éventuellement une très grande importance. Pour cette raison, on cesse, dès le temps des actions de la loi, de faire cette *collatio* d'une manière arbitraire et l'on crée les interdits *Retinendae possessionis* « destinés à faire reconnaître quel est, entre les deux plaideurs, le possesseur auquel sont attribuées les *vindiciae*, auquel restera la chose si les deux *sacramenta* sont déclarés *injusta* ».

Logiquement, cette théorie paraît indiscutable. Le

(1) *Manuel*, p. 326.

caractère double de la procédure entraîne une égalité de situation entre les deux parties, de telle façon que chacune d'elles joue tout à la fois le rôle de demandeur et celui de défendeur. La solution la plus naturelle, lorsque les deux *sacramenta* sont déclarés *injusta*, est bien de laisser la chose entre les mains du possesseur intérimaire.

Cette théorie soulève cependant certaines objections. Elle accorde à la *datio vindiciarum* une importance qu'elle ne paraît pas avoir dans la pensée de Gaius « *interim aliquem possessorem constituebat* » (1). De plus, si la création des interdits *retinendae possessionis* a été provoquée par le désir de faire cesser l'attribution arbitraire de la possession, il semble bien que le moyen n'ait pas été proportionné au but à atteindre. Pourquoi cette procédure longue et compliquée des interdits *Retinendae possessionis* ? Une *cognitio praejudicialis* n'aurait-elle pu suffire ? (2).

Nous sommes plutôt porté à croire que la création de nos interdits a été provoquée par le besoin de mettre fin à des conflits matériels de possession. La *vis* antérieure à la délivrance de l'interdit, qu'on peut envisager comme un expédient de procédure, doit cependant consister normalement dans un trouble réel, ainsi que l'atteste le langage d'Ulpien (loi 3, D. *uti poss.*, 43, 17). Le § 139, C. IV de Gaius s'harmonise très heureuse-

(1) V. Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, I, p. 360.

(2) Cuq, *Rech. sur la poss.*, p. 16.

ment avec cette opinion. « *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit : quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.* » Dans la *collatio vindiciarum*, la question de possession ne faisait l'objet d'aucun débat. L'attribution des *vindiciae* n'avait pas lieu nécessairement au profit du détenteur.

Nous croyons, en nous rapprochant dans une large mesure de l'opinion soutenue par M. Saleilles (1), que nos interdits ont été imaginés pour mettre fin aux conflits matériels que faisait naître la question de possession. La théorie, d'après laquelle le juge doit déclarer les deux *sacramenta injusta* si aucune des parties ne fait la preuve de sa propriété, nous paraît fondée en logique, mais ne répond pas aux besoins de la vie pratique.

Il semble peu naturel que le magistrat, après être intervenu activement par la *datio vindiciarum*, dans la lutte qui s'élève entre les particuliers, n'impose pas au juge, virtuellement du moins, l'obligation de trancher la question qui lui est soumise et de mettre ainsi fin au conflit qui a amené les plaideurs devant lui. Laisser la question indécise, n'est-ce pas s'exposer à voir la querelle renaître immédiatement ?

Le juge a donc dû très probablement se contenter

(1) *La contro. poss.*, p. 74.

d'une preuve relative de propriété. Cela est d'autant plus vraisemblable que la preuve de la propriété est loin de pouvoir se faire, dans tous les cas, avec une rigueur mathématique. Celui qui prétend à la propriété doit bien souvent se prévaloir de l'accomplissement de l'usucapion. La preuve de cette usucapion peut laisser place à bien des doutes : la possession n'a-t-elle pas été interrompue ? N'y a-t-il pas eu une interversion de titre ? Le juge, sous peine de réserver fréquemment son jugement, a dû se décider en faveur de celui qui apparaissait comme étant le plus probablement propriétaire.

Enfin, les textes ne laissent pas supposer que, dans les interdits doubles *Uti possidetis* et *Utrubi*, la question ait pu rester sans solution, faute par le juge de vouloir rendre une sentence.

Si le juge se prononce en faveur de la propriété probable, il est certain que la détention doit constituer une présomption très forte en faveur de la propriété. On conçoit facilement ainsi que la charge de la preuve soit retombée, pratiquement, sur celui qui n'a pas la détention. Comme, en fait, l'initiative de l'instance ne sera prise que par celui qui n'a pas la chose entre les mains, on arrive à ce résultat que la charge de la preuve incombe à celui qui n'a pas la détention et qui est, en même temps, celui qui a pris l'initiative de l'instance. La détention gardera l'expectative. Il sera ainsi déchargé, en fait, du fardeau de la preuve, même si son

adversaire obtient la possession intérimaire. Le fait d'avoir la détention de la chose, au moment où s'entame la *rei vindicatio*, procure donc, même à l'époque primitive de la *legis actio sacramenti*, l'avantage de n'avoir pas à faire la preuve de son droit. Cet avantage très appréciable donne au fait de la possession une grande importance. Il n'y a rien de surprenant, dans l'état des mœurs romaines à l'époque à laquelle se place l'apparition de nos interdits, que les particuliers, n'osant entamer la revendication, cherchent à s'assurer, en fait, la détention de l'objet, afin de contraindre leur adversaire à prendre l'initiative de l'instance dans la *rei vindicatio*.

Cette conjecture a l'avantage, croyons-nous, de justifier parfaitement l'organisation de la procédure de nos interdits : la *vis* antérieure à la délivrance de l'interdit et la *controversia possessionis* qui forme l'objet de cet interdit. Elle permettrait d'établir d'une manière satisfaisante, nous semble-t-il, que les interdits *De vi* procèdent du même développement historique que les interdits *Retinendae possessionis*. L'intervention du préteur, ayant lieu primitivement d'une manière concrète, se serait manifestée sous des formes différentes, suivant qu'il y aurait eu un trouble possessoire ou une *dejectio* violente par une troupe d'hommes armés ou de toute autre manière.

XII. Si le rôle des interdits *Retinendae possessionis* fut

originellement celui que nous venons d'indiquer, il en résulte que le créancier gagiste, le précariste et le dépositaire séquestre ne sont pas appelés naturellement à jouir de la protection de ces interdits. Leur possession constitue donc une anomalie au point de vue historique.

Nous avons maintenant à rechercher pour quelles raisons et comment la faveur de ces interdits a pu leur être accordée.

En ce qui concerne le dépositaire séquestre (1), il résulte, de la combinaison d'un texte de Florentin (2) et d'un texte de Julien (3), qu'il acquiert tantôt la possession et tantôt la détention, suivant que le dépôt a lieu *omittendae possessionis causa* ou *custodiae causa*. On s'accorde généralement à reconnaître que le transfert de possession au dépositaire séquestre présentait un double intérêt : l'un dans la matière de l'*utrubi*, l'autre, dans la matière de l'usucapion.

L'utilité de ce transfert, au point de vue de l'*utrubi*, ne souffre guère de difficulté. En attendant la délivrance de l'interdit, les parties font un dépôt séquestre translatif de possession. Le temps qui s'écoule jusqu'à la délivrance de l'interdit ne profite ainsi ni à l'une ni à l'autre des parties.

(1) V. sur cette question, Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 607-608 ; Ubbelohde, série des liv. 43 et 44, 5^e part., p. 496-506.

(2) L. 17, § 1, D. *dep.*, 16, 3.

(3) L. 39, D. *h. t.*

Dans la matière de l'usucapion, le dépôt *omittendae possessionis causa* peut présenter, croyons-nous, une double utilité. L'une d'entre elles a été indiquée par M. Cuq (1) en termes très précis. Le dépôt *omittendae possessionis causa* interrompt l'usucapion en transférant la possession au dépositaire. En cas de dépôt *custodiae causa*, le dépositaire séquestre n'a que la détention et l'usucapion continue au profit du possesseur actuel. Celui-ci ne profitera de cette usucapion que s'il triomphe de son adversaire. Toute usucapion, accomplie *inter moras litis*, est tenue pour non avenue. Celui qui a ainsi usucapé, s'il succombe, n'en reçoit pas moins l'ordre de restituer, ici de retransférer la propriété, et le juge passe à la condamnation, si son *arbitratus* n'est pas exécuté. Mais on peut craindre qu'une fois devenu propriétaire, le possesseur aliène la chose ou la grève de droits réels. Les tiers seront définitivement investis de la propriété ou des droits réels. L'autre partie n'aura que la satisfaction, peut-être illusoire, d'une condamnation pécuniaire contre son adversaire. Pour parer à cet inconvénient, les plaideurs interrompaient l'usucapion par un dépôt *omittendae possessionis causa*.

Ce qui caractérise la précédente hypothèse, c'est qu'on suppose le dépôt séquestre effectué au plus tôt au moment de la *litis contestatio*. L'utilité du dépôt *omittendae possessionis causa* se présente plus simplement, lorsqu'on

(1) *Rech. sur la Poss.*, p. 31.

le suppose réalisé au cours de la procédure *in jure*, mais à une époque antérieure à la *litis contestatio*. Par suite de certaines circonstances, l'instance n'a pu être poussée jusqu'à la *litis contestatio*. Il est à craindre que l'usucapion ne s'achève avant que la *litis contestatio* n'ait pu avoir lieu. Le véritable propriétaire est ainsi menacé d'être irrévocablement dépouillé. Le dépôt *omittendae possessionis causa* permet d'écarter ce danger. Le but du transfert de possession au dépositaire séquestre est donc d'interrompre l'usucapion ou de faire obstacle à ce que le possesseur actuel achève le délai, qui lui est nécessaire pour triompher dans l'interdit *Utrubi*.

Les parties n'ont pas en vue, lors du dépôt, de munir le dépositaire séquestre des interdicts possessoires. Il ne rentre pas dans leurs prévisions que la chose sur laquelle porte actuellement leur contestation puisse faire l'objet d'un procès avec les tiers. Il est, dès lors, permis de douter que les interdicts possessoires appartiennent au dépositaire séquestre. L'intérêt pratique ne paraît pas réclamer que le dépositaire séquestre en soit investi de plein droit. Si la chose tombe entre les mains d'un tiers, ou bien il y aura faute du dépositaire, celui-ci en sera responsable et pourra exiger des plaideurs la cession de leurs interdicts ; ou bien il n'y aura pas faute du dépositaire, les plaideurs pourront agir chacun par les moyens qui sont à sa disposition ; il ne rentre pas dans la mission du dépositaire séquestre de poursuivre les tiers. Quoi qu'il en soit, si les interdicts possessoires ont

été accordés en fait au dépositaire séquestre, ce ne peut avoir été qu'en vertu de cette considération théorique, que les déposants ne peuvent venir prétendre à une possession qu'ils ont aliénée, et que le dépositaire séquestre a seul qualité pour y figurer, puisque seul il est possesseur.

XIII. Le créancier gagiste jouit toujours de la protection des interdits possessoires. On le déduit généralement de deux textes, d'après lesquels le débiteur gagiste possède *ad usucapionem tantum*, et le créancier gagiste possède *ad reliquas omnes causas* (1). Nous avons vu qu'il ne faut pas prendre ces textes à la lettre. Le créancier gagiste n'est pas traité comme possesseur dans tous les domaines autres que celui de l'usucapion. Il ne jouit pas de l'action publicienne (2). Celle-ci n'appartient, il est vrai, qu'à celui qui est *in causa usucapiendi*. Il n'est pas tenu des actions noxales, à raison des délits commis par l'esclave qui lui a été donné en gage (3). Nous avons vu également qu'il n'est pas dispensé de l'obligation de fournir des fidéjusseurs en cas de *cautio in jure sistendi* (4), quoique cet effet ne se rattache pas, à proprement parler, selon nous, à la théorie de la possession.

Peut-être même, le créancier gagiste ne pouvait-il

(1) L. 1, § 15, D. *h. t.* ; 1.16, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) L. 13, § 1, D. *de publ.*, 6, 2.

(3) L. 22, § 1, D. *de nox. act.*, 9, 4.

(4) L. 15, § 2, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8.

pas jouer le rôle de défendeur à la revendication dans la doctrine encore soutenue par Pégasus (1)? Il y a là un vestige de l'ancienne procédure de la *legis actio sacramenti* dans laquelle le défendeur à la revendication devait répondre au demandeur par une *contra vindicatio* dans laquelle il affirmait son droit de propriété. Cette origine de la règle, encore rapportée par Pégasus, fait obstacle, croyons-nous, à ce que le créancier gagiste puisse jouer le rôle de défendeur à la revendication, même à l'époque où il jouit de la protection des interdits *Uti possidetis* et *Utrubi*.

En définitive, le seul avantage de la possession dont paraît jouir le créancier gagiste est celui des interdits possessoires. On n'invoque généralement pour le prouver que les expressions très générales des deux textes que nous venons de signaler. M. Ubbelohde (2) a eu le mérite d'en donner le premier une preuve plus délicate.

Il a fait remarquer que les l. 16, D. *de usurp.*, 41, 3 et l. 14, § 3, D. *de div. temp. prescript.* parlaient à l'occasion du créancier gagiste d'*accessio possessionis*. L'*accessio possessionis* dont il est ici question est évidemment celle qui peut être invoquée dans l'interdit *Utrubi* et non celle dont on peut se prévaloir en matière de *possessio ad usucapionem*.

Le *pignus* proprement dit dont nous nous occupons

(1) L. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1.

(2) Série des liv. 43 et 44, 5^e part., p. 492 et 493.

ici constitue la seconde phase dans l'histoire des garanties réelles en droit romain (1). Dans la phase précédente, nous rencontrons l'aliénation fiduciaire et la remise matérielle d'un objet, probablement à titre provisoire, en attendant que le débiteur ait trouvé des cautions. Le créancier, acquéreur fiduciaire, jouit de l'action en revendication et des interdits possessoires. Le créancier, détenteur précaire, ne reçoit aucune protection. L'action en revendication et les interdits possessoires appartiennent au débiteur. Le *pignus* proprement dit n'a pu apparaître que d'une double manière : soit par l'intervention du prêteur accordant les interdits possessoires au créancier, détenteur précaire, après les avoir enlevés au débiteur ; soit par l'usage, qui se serait introduit dans les rapports de débiteur à créancier, de ne plus transférer à celui-ci que les interdits possessoires, le débiteur gardant la propriété et l'action en revendication. Nous sommes porté à croire que le *pignus* prend son origine dans le second procédé. La remise matérielle d'un objet mobilier par le débiteur, en attendant qu'il fournisse des cautions, ne constitue qu'une garantie provisoire. C'est une sûreté de fait, qui doit disparaître rapidement pour faire place à une garantie de droit. Le créancier compte principalement sur les cautions qui vont lui être fournies. Nous ne pensons pas que cette remise matérielle d'un objet, à titre de sûreté

(1) Girard, *Manuel*, p. 741 et ssv.

de fait, ait dû constituer, dans la pratique, une opération, à laquelle les Romains attachaient une telle importance, qu'elle ait dû réclamer l'intervention du préteur et solliciter de sa part une réforme aussi considérable que le refus des interdits possessoires au propriétaire et leur attribution au créancier gagiste.

L'aliénation fiduciaire put, au contraire, donner lieu à de graves inconvénients, lorsque la sanction des mœurs devint moins efficace. Le créancier, ayant acquis la propriété, pouvait aliéner la chose et la grever de droits réels. De ce fait, le débiteur subissait parfois un grave préjudice. On conçoit que, pour parer à cet inconvénient, l'usage s'introduisit que les débiteurs garderaient la propriété de la chose et ne céderaient plus au créancier gagiste que la détention matérielle avec les interdits possessoires pour se défendre contre les tiers. Cette manière de voir a l'avantage de trouver une certaine confirmation dans les textes. Ceux-ci parlent expressément, dans notre hypothèse, d'une cession de possession faite par le débiteur au créancier.

XIV. Le précariste, comme le dépositaire séquestre, a tantôt la possession et tantôt la détention (1).

Le précaire a joué dans l'histoire du droit romain deux rôles bien distincts. Dans son application origi-

(1) V. notam. sur cette question du précaire, Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 331-360 et Ubbelohde, série des liv. 43 et 44, 5^e part., p. 264-307.

naire, il fut la forme dans laquelle, les patrons firent des concessions de terres à leurs clients (1). La situation du client vis-à-vis de son patron était la même que celle du fils de famille, concessionnaire d'un pécule, vis-à-vis de son *paterfamilias*. Il n'était donc qu'un simple détenteur et non un possesseur (2).

Plus tard, le précaire sert entre personnes tout à fait indépendantes l'une de l'autre. Dans la *fiducia cum creditore* et dans le *pignus*, il permet de laisser la jouissance de la chose au débiteur (3). En cas de vente à crédit, il donne au vendeur la possibilité de ne transférer que la possession à l'acheteur et de se réserver ainsi la propriété jusqu'au paiement du prix (4). Il permet enfin de réaliser une donation révocable (5).

Cette seconde fonction du précaire ne se rattache en aucune façon à la première. « On peut, nous dit Ihering, faire abstraction complète de son application originaire, sans que cela nuise le moins du monde à l'intelligence de son existence ultérieure (6). »

Dans cette seconde phase, le précaire transfère en

(1) Festus, *vo Patres* « atque [ii patres dicti sunt, quia] agrorum partes ad [tribuerunt tenuioribus] perinde ac liberis ».

(2) Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 333-335 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur la procéd.*, p. 407-408.

(3) Gaius, II, 60 ; I. 6, § 4, D. *de prec.*, 43, 26.

(4) V. une énumération des textes, Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 344, n. 202.

(5) L. 1, § 2, D. *de prec.*, 43, 26. V. sur cette dernière application, Ubbelohde, *loc. cit.*, p. 280-285.

(6) *Rôle de la vol.*, p. 336.

principe la possession. Exceptionnellement, il ne transfère que la détention. Il s'agit des hypothèses assez rares dans lesquelles le précaire concourt avec une *locatio conductio* (1). Un texte mentionne expressément ce concours en matière de gage (2). Lorsqu'un débiteur donne un objet de son patrimoine, en garantie de sa dette, soit par voie d'aliénation fiduciaire, soit par voie de *pignus*, il garde normalement la jouissance de sa chose en vertu d'un bail ou d'un précaire. On peut se demander dans quels cas il y aura bail et dans quels cas il y aura précaire. Une conjecture assez vraisemblable vient naturellement à l'esprit. Il y aurait louage, lorsque la créance est productive d'intérêts ; la *merces* tiendrait lieu des intérêts. Il y aurait précaire, lorsque la créance ne fait pas courir d'intérêts.

La question se pose maintenant de savoir dans quels cas les parties auront intérêt à réunir ces deux opérations. M. Ubbelohde émet à cet égard une conjecture très séduisante. Il suppose, d'une part, que la créance garantie est productive d'intérêts et, d'autre part, qu'il y a lieu de craindre la déconfiture ou la fuite du débiteur. La *locatio conductio* permettrait d'exiger une *merces*, le précaire conserverait au créancier un pouvoir absolu de disposition sur la chose qui lui donnerait la faculté de la reprendre à tout moment (3).

(1) L. 10, § 1, D. *h. t.* ; l. 33, § 6, D. *de usurp.*, 41, 3.

(2) L. 33, § 6, D. *de usurp.*, 41, 3.

(3) Série des liv. 43 et 44, 5^e part., p. 249-253.

Mais il importe de bien préciser les conditions et les effets de ce concours. La l. 10, D. *h. t.*, paraît exiger que la *locatio conductio* et le précaire aient lieu en même temps. Le débiteur n'a que la détention et le paiement de la *merces* peut lui être réclamé par l'*actio ex locato*. L'essence du précaire paraît, au contraire, s'opposer à ce que la *locatio conductio* produise cet autre effet d'obliger contractuellement le débiteur à restituer, en cas de non-paiement à l'échéance (1).

Sauf cette hypothèse exceptionnelle du concours de la *locatio conductio* avec le précaire, le précariste a la possession et jouit des interdits possessoires. Il y triomphe à l'égard des tiers, mais non à l'égard du concédant.

Selon M. Ubbelohde (2), l'attribution des interdits possessoires au précariste serait l'œuvre du prêteur. Celui-ci serait venu à son secours, parce qu'il n'avait aucune action et ne pouvait, par suite, obtenir du concédant la cession de ses interdits. Dans l'hypothèse où le précariste est tenu de payer une *merces* à raison de la *locatio conductio* jointe au *precarium*, il a un moyen indirect d'obtenir la cession de ces interdits : c'est le refus de payer la *merces*. Ainsi s'expliquerait que le précariste n'ait, dans cette hypothèse, que la détention.

Nous ne méconnaissons pas la valeur de cette expli-

(1) L. 15, § 3, D. *de prec.*, 43, 26 : « Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit. »

(2) Série des liv. 43 et 44, 5 part., p. 333.

cation. Nous remarquerons même qu'elle peut invoquer en sa faveur l'histoire de la législation romaine relativement au superficiaire (1). Celui-ci n'aurait pas obtenu les interdits possessoires directs, parce qu'il avait la faculté d'en exiger la cession par l'action *ex conducto* ou par l'action *ex empto*.

Nous inclinons cependant vers une autre conjecture. Si l'impossibilité d'exiger du propriétaire la cession de ses interdits possessoires devait être la cause d'une attribution directe des interdits faite par le préteur, on ne s'expliquerait pas facilement que le locataire d'une maison et le fermier, qui n'eurent pendant longtemps qu'une détention précaire, n'aient pas obtenu cette faveur du préteur. M. Ubbelohde explique ce refus des interdits aux locataires et aux fermiers par ce fait qu'ils ont, dans le refus de payer la *merces*, un moyen indirect d'obtenir la cession de ces interdits. Nous craignons cependant que ce moyen soit bien insuffisant et ne réponde pas exactement au but à atteindre. Le locataire et le fermier réclament protection contre les tiers. Le refus de payer la *merces* entraîne comme conséquence la renonciation à la chose louée. Le sacrifice n'est pas proportionné au résultat que les parties ont en vue. Enfin, si la cause de l'intervention du préteur avait été de munir le précariste d'une protection dont il avait besoin, on ne voit pas pourquoi cette attribution des

(1) L. 1, § 1, D. de *superf.*, 43, 18. V. *suprà*, p. 25 et ssv.

interdits possessoires au précariste aurait dû entraîner leur refus au concédant. On aurait trouvé ici côte à côte, comme au cas de superficie ou d'usufruit, un interdit spécial ou des interdits possessoires utiles au profit du précariste et les interdits possessoires directs au profit du concédant.

Sans nous hasarder à prendre sur cette difficile question une position isolée, nous remarquerons, en suivant dans une large mesure une démonstration déjà faite par Ihering, que dans la seconde phase de son développement historique, le précaire, sauf la faculté de révocation, tend à donner au précariste une position indépendante.

Les expressions *precarium proprietatis*, *precarium possessionis* éveillent l'idée d'une remise à précaire de la propriété ou de la possession (1).

Quand on examine de près les applications du précaire dans le second rôle qu'il a joué historiquement, on remarque qu'il est consenti à une personne, qui normalement devrait être propriétaire ou possesseur et qui doit le devenir éventuellement.

Lorsque le précaire tient lieu d'une donation révocable, le précariste se trouve économiquement dans une situation équivalente à celle de propriétaire (2).

(1) L. 6, § 4, D. *de prec.*, 43, 26.

(2) L. 1, § 2, D. *de prec.*, 43, 26 : « Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. »

Cette idée que la concession à précaire constitue économiquement une remise de fait de la propriété avec la faculté de révocation apparaît encore nettement, lorsque le précaire se lie à la vente. Le but de la vente est le transfert de la propriété à l'acheteur (1). Si nous supposons que la vente ait été faite à crédit, l'acheteur peut désirer néanmoins que la vente s'exécute immédiatement. Si le transfert de la propriété *ad tempus* était possible, le vendeur pourrait rendre l'acheteur actuellement propriétaire. En cas de non-paiement du prix, la révocation de la propriété s'opérerait *ipso jure*, même au regard des tiers. La concession à précaire faite à l'acheteur permet d'atteindre le même résultat.

Une idée analogue se fait jour dans le cas où le précaire est joint à une aliénation fiduciaire *cum creditore*. Le but de l'aliénation fiduciaire est de donner au créancier la faculté, si la dette n'est pas soldée, de se payer en gardant la propriété ou en l'aliénant. Mais, dans la pensée des parties, le débiteur reste le propriétaire. La chose n'entre dans le patrimoine du créancier qu'à titre purement provisoire et avec une affectation spéciale ; les parties ne perdent jamais de vue que la chose, normalement, doit, au jour de l'échéance, rentrer dans le patrimoine du débiteur. On conçoit facilement, dès lors, que si le débiteur demande que la chose lui soit laissée à

(1) V. Girard, *Manuel*, p. 532, n. 1 ; Labéon, l. 80, § 3, D. *de contrah. empt.*, 18, 1 : « Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur ne ad emptorem transeat. »

précaire, le créancier n'hésite pas à lui faire l'abandon le plus complet de la chose, à le mettre économiquement dans la situation de propriétaire, pourvu qu'il garde la faculté de recouvrer la chose, en cas de non-paiement à l'échéance.

Cette manière de voir explique parfaitement les règles particulières du précaire : la restriction de la responsabilité du précariste au dol, l'impossibilité pour celui-ci de réclamer le remboursement de ses impenses. Le précariste, dans les trois hypothèses que nous venons d'examiner, apparaît comme étant actuellement le propriétaire de fait de la chose et il doit en devenir éventuellement le propriétaire de droit. Pourquoi lui imposer une *custodia* rigoureuse puisqu'il garde sa propre chose ? Pourquoi lui donner le droit au remboursement de ses impenses, puisqu'il n'a fait que réparer, entretenir et améliorer sa chose (1) ?

C'est également dans cette fonction pratique du précaire que nous croyons trouver la justification de la possession du précariste. Le concédant à précaire entend se dépouiller complètement de la chose au profit du précariste et ne garder que ce qui est indispensable pour assurer sa faculté de révocation. Il gardera la qualité de propriétaire, qui lui permettra d'intenter la revendication contre le précariste et contre les tiers.

Lorsque le *pignus* fit son apparition à côté de l'alié-

(1) Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 341 et suiv.

nation fiduciaire, le précaire y remplit la même fonction que dans cette dernière. Il n'y avait aucune raison de modifier les règles précédemment établies, puisque la concession à précaire avait lieu au profit du propriétaire lui-même. Le créancier n'hésitait pas à abandonner complètement la possession qu'il avait reçue, pourvu qu'il conservât la faculté de la révoquer.

XV. Les solutions, que nous avons adoptées sur les cas de possession dite dérivée, ont ceci de commun qu'elles font reposer cette possession anormale sur une cession de possession, faite par les particuliers de leur propre initiative. Nous nous sommes ainsi toujours prononcé contre les opinions qui donnent comme cause de ces cas de possession une attribution des interdits possessoires, faite directement par le prêteur. Nous avons justifié cette manière de voir à propos de chaque solution que nous adoptions. Nous croyons utile de grouper ici toutes les raisons qui nous paraissent militer en faveur de cette doctrine. Nous répondrons ainsi d'une manière très précise à la question de savoir comment l'extension des interdits possessoires a pu être faite aux possesseurs dits dérivés.

Cette question ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne le dépositaire séquestre. Les textes sont formels. Sa possession résulte d'une cession qui lui en est faite par les plaideurs. Si les Romains lui ont reconnu le droit de se prévaloir des interdits possessoires, il le doit certainement à cette cession.

En ce qui concerne le précariste et le créancier gagiste, nous avons des textes, en apparence, aussi formels. Il nous est dit à plusieurs reprises que le précariste possède lorsqu'il a demandé *ut sibi possidere liceat* (1), ou qu'il y a *possessio concessa* (2) au profit du précariste. Les jurisconsultes romains nous parlent également d'une translation de possession faite par le débiteur au créancier gagiste, l. 35, § 1, D. *de pign.*, art. 13, 7: « *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem...* » ; l. 15, § 2, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8: « *Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.* »

Nous reconnaissons que ces textes ne sont point à eux seuls significatifs. Les jurisconsultes romains n'y ont pas en vue de nous indiquer comment on est arrivé historiquement à accorder les interdicts possessoires au créancier gagiste et au précariste. Ils peuvent nous indiquer quel est le résultat de la concession à précaire ou de la constitution de gage, à l'époque où le prêteur a déjà accordé à ces personnes le bénéfice des interdicts possessoires et les a refusés concurremment au propriétaire. Cette réforme achevée, l'effet de cette concession à précaire ou de cette constitution de gage est bien de dépouiller le *tradens* des interdicts possessoires et de les donner à l'*accipiens*.

(1) L. 4, § 3, l. 15, § 4, D. *de prec.*, 43, 26.

(2) L. 12, D. *de prec.*, 44, 26 ; l. 15 § 2, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8.

Nous croyons cependant que ces textes peuvent acquérir une certaine signification, lorsqu'on remarque d'une part, qu'il n'y a aucune trace dans les textes d'une attribution des interdits possessoires faite par voie de disposition impérative du préteur, et lorsqu'on les rapproche, d'autre part, des arguments que nous allons maintenant faire valoir.

Nous avons vu que les interdits *retinendae possessionis* n'ont pas pour objet de protéger tel ou tel rapport de fait contre des troubles soit passés, soit futurs. Le préteur ne peut donc pas conférer arbitrairement la possession à telle ou telle personne, en lui accordant la protection des interdits. Les interdits *retinendae possessionis* ont pour objet de trancher une *controversia possessionis*. Le préteur n'a pas un pouvoir absolu pour délimiter le champ d'application de nos interdits. Son activité se manifeste ici par l'organisation de l'instance. C'est au juge qu'il appartient de déterminer qui a la possession. Nous reconnaissons que le préteur n'est pas dépourvu de tout pouvoir et qu'il lui serait logiquement possible de refuser la délivrance de l'interdit à telle catégorie de personnes et de l'accorder à telle autre catégorie. Néanmoins, l'organisation même de la procédure de nos interdits paraît faire obstacle à la liberté absolue du préteur. Ce sont les parties, qui, par un trouble antérieur à la délivrance de l'interdit, manifestent leur prétention à la possession et le préteur ne fait que ren-

dre un ordre impersonnel, laissant entière la question de possession.

Il semble bien que le préteur n'avait d'influence sur la *controversia possessionis* que par les termes mêmes de cet ordre. C'est ainsi qu'à une certaine époque, le préteur décida que celui, qui aurait acquis la possession *vi, clam aut precario* au regard de son adversaire, ne pourrait pas l'emporter dans les interdits *Retinendae possessionis*. Cette innovation se traduisit par l'insertion de la clause *nec vi, nec clam nec precario* dans l'ordre du préteur.

Cette manière de voir explique beaucoup plus facilement pourquoi, dans les cas de possession dérivée, le propriétaire est dépouillé d'interdits qui ont été spécialement créés pour lui. Si la raison d'être de l'attribution des interdits *Retinendae possessionis* au créancier gagiste et au précariste avait été de donner à ces personnes une protection dont elles avaient besoin, il nous semble qu'une seule solution s'imposait, c'était de créer des interdits spéciaux à leur profit ou de leur donner des interdits possessoires utiles, comme on l'a fait pour l'usufruitier, le superficiaire et très probablement l'emphytéote, mais non de dépouiller le propriétaire de ses interdits. Toute difficulté disparaît, au contraire, si l'on admet que c'est le propriétaire, véritable ou présumé, qui a cédé lui-même le droit à l'exercice des interdits *Retinendae possessionis*.

Nous croyons donc que l'extension des interdits *Reti-*

nendae possessionis aux possesseurs dits dérivés constitue un mouvement de jurisprudence, réalisé complètement en dehors de l'activité du prêteur.

L'intervention du prêteur ne se serait manifestée que pour maintenir la possession au profit du concédant à précaire dans ses rapports avec le précariste.

XVI. Cette opinion soulève immédiatement une objection. S'il est possible au propriétaire de transférer sa possession au profit du dépositaire séquestre, du créancier gagiste et du précariste, pourquoi la chose ne lui serait-elle pas possible au profit des autres détenteurs ? Comment expliquer, dès lors, qu'il n'est jamais question de possession que dans ces trois cas ?

On peut répondre à cette objection que l'intérêt du propriétaire s'oppose à ce qu'il se dépouille ainsi de l'avantage de ses interdits possessoires. Il ne le fait qu'autant qu'il n'a pas d'autre moyen d'arriver au résultat qu'il veut atteindre, comme dans le dépôt séquestre et le gage, ou lorsque la nature de l'opération réclame un tel abandon, comme dans le précaire. L'usufruitier, au contraire, n'a pas besoin d'une telle cession. Son action réelle le protège suffisamment contre les tiers. Lorsque le prêteur voulut lui donner un moyen de défense plus commode, il lui accorda des interdits possessoires utiles. Le propriétaire n'a jamais songé à se dépouiller de la possession au profit des locataires ou des fermiers. A l'origine, ceux-ci furent très probablement dans une dépendance très étroite du propriétaire. Plus tard, lors

was Staat

Leipzig ?

de la création de l'*actio ex conducto*, leur situation devint moins précaire. Le bailleur contracta désormais l'obligation de faire jouir le locataire. Les interdits possessoires furent pour lui un moyen avantageux de défendre sa chose et lui permirent par conséquent d'exécuter avec plus de facilité son obligation de faire jouir.

CHAPITRE IV

CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION DE LA POSSESSION ET DE LA DÉTENTION.

Sur la question du critérium de la distinction de la possession et de la détention, nous retrouvons les deux mêmes tendances que nous avons signalées sur la question du fondement historique de notre distinction. Les uns voient dans la possession du créancier gagiste, du précariste et du séquestre des applications normales de la notion de possession, les autres y voient des exceptions. Les premiers, en tant qu'ils admettent la théorie subjective, caractérisent la notion de possession par un *animus* spécial qu'ils s'efforcent de définir de telle façon qu'on puisse le découvrir chez tous les possesseurs. Les seconds maintiennent l'*animus domini* comme caractéristique de la possession, mais admettent des exceptions à cette règle.

L'opinion que l'on adopte sur le critérium de notre distinction dépend normalement de celle que l'on adopte sur son fondement historique ; c'est ainsi que les partisans d'une notion de possession, commune à tous les cas de possession, se recrutent presque exclusivement parmi ceux qui voient dans l'attribution des interdits

possessoires au créancier gagiste et au précariste une application de ces interdits, conforme à leur but. Les uns admettent que cette notion de possession existait, en fait, antérieurement à la création des interdits *Retinendae possessionis* et que le prêteur, en créant nos interdits, n'a fait qu'organiser une procédure spéciale pour savoir à qui appartenait cette possession (1). Les autres soutiennent que les interdits *Retinendae possessionis* ont été accordés d'une manière arbitraire à telle et telle catégorie de personnes, suivant les besoins de la vie pratique ; la notion théorique de possession ne serait qu'une tentative faite par les juriconsultes romains pour ramener tous les cas d'application de nos interdits à une notion générique (2). De même les partisans de la théorie de l'*animus domini* se recruteront normalement chez les auteurs qui font naître les interdits *Retinendae possessionis* comme préalables à la revendication.

Cette correspondance entre les deux questions n'est toutefois pas absolue. On peut supposer, ce qui sera peut-être rare, des auteurs, qui, après avoir admis que les interdits *Retinendae possessionis*, ont été créés pour déterminer le rôle des plaideurs à la revendication, s'efforcent de découvrir un *animus possidendi* qui se trouve

(1) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 324, 329 et 332 ; Saleilles, *La contro. poss.*, p. 71 et *Elém. constitut. de la poss.*, n° 129.

(2) V. *supra*, p. 124, pour M. Dernburg ; p. 131, pour M. Pernice. V. Ascoli, *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, p. 298 et suiv. M. Ubbelohde est partisan de la théorie objective de Ihering. Nous verrons plus loin la théorie spéciale de M. Cuq.

chez le créancier gagiste et le précariste. On peut supposer, plus facilement, des auteurs pour lesquels la distinction de la possession et de la détention ne serait apparue qu'à l'époque où les interdits *Retinendae possessionis*, par suite d'un développement historique, auraient servi à déterminer le rôle des plaideurs à la revendication et pour lesquels la possession se caractériserait, par conséquent, par l'*animus domini*. La théorie de M. Cuq mérite, à cet égard, une mention toute spéciale. Les interdits possessoires auraient été accordés au créancier gagiste et au précariste à une époque où la distinction de la possession et de la détention n'était pas encore faite et où le prêteur accordait les interdits possessoires d'une manière un peu arbitraire, suivant que l'intérêt le réclamait ou non. Plus tard, les jurisconsultes romains auraient imaginé la distinction de la possession et de la détention pour classer les détenteurs « suivant qu'ils étaient ou non susceptibles d'être poursuivis par la revendication ou par les interdits conservatoires *uti possidetis et utrubi* » (1). A cette époque et surtout le jour où, en admettant la *juris possessio*, l'on distingua la possession qui correspondait à l'exercice des droits réels, de la possession proprement dite, qui correspondait à l'exercice du droit de propriété, les jurisconsultes romains « virent bien que le gagiste et le précariste n'étaient que des détenteurs, ils continuèrent

(1) *Rech. sur la poss.*, p. 47.

cependant à les traiter comme des possesseurs, parce qu'ils ne concevaient pas d'autre manière de justifier l'attribution des interdits possessoires pour protéger le gagiste et le précariste » (1).

La question du *critérium* de notre distinction n'est donc pas indissolublement liée à celle de son fondement historique et l'on conçoit que certains auteurs puissent étudier cette première question sans se prononcer sur la seconde.

Nous ne nous attarderons pas à reprendre dans le détail l'étude purement théorique du *critérium* de notre distinction (2). L'historique que nous avons fait de la

(1) *Id.*, p. 54.

(2) La théorie que nous avons adoptée sur l'origine et l'extension des interdits *Retinendae possessionis* nous dispense de l'examen d'un grand nombre de théories. Constatons seulement que les définitions de l'*animus possidendi*, données de nos jours, ressemblent singulièrement à celles qui ont été données avant Ihering. — Un certain nombre d'auteurs se prononcent pour la théorie de l'*animus domini* : Cuq (*Rech. sur la poss.*, p. 54), Audibert (*Nouv. Rev. hist.*, 1896, p. 417); Windscheid (*Pandekt.*, § 154) et Randa (*Der Besitz.*, 4^e éd., § 1, n. 17 et n. 24), qui admettent tous deux un *animus domini* fictif chez les « possesseurs dérivés » ; Kuntze (*Zur Besitzlehre*, p. 33 et ssv., p. 54-73) et Hirsch (*Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlust.*, p. 548 et ssv., 626 et ssv.), qui voient dans l'*animus possidendi* la volonté d'avoir sur la chose une maîtrise absolue et pour lesquels les « possesseurs dérivés » ne sont que des détenteurs auxquels la possession a été concédée *utilitatis causa*. — D'autres auteurs définissent l'*animus possidendi* la volonté d'avoir une certaine maîtrise qui se trouve chez tous les possesseurs, mais chez eux seuls : Karlowa (*Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 332, n. 1) : l'*animus* du possesseur se distingue de celui du détenteur en ce qu'il porte sur la substance de la chose et non sur la seule jouissance de la chose, c'est la volonté d'avoir un certain pouvoir de disposition sur la

doctrine a pu nous convaincre que toute tentative de découvrir un *animus* commun à tous les possesseurs autre que la simple volonté d'avoir la possession est condamnée d'avance. Sur ce point, nous sommes tentés de redire, après Meischeider (1), que si tant de bons esprits ont tenté ce travail sans y réussir, c'est que la solution de la question n'est pas possible.

Etant donnés l'origine historique que nous avons attribuée aux interdits *Retinendaepossessionis* et le langage

chose : le créancier gagiste a la volonté de disposer de la chose dans la mesure où cela sera nécessaire pour assurer le recouvrement de sa créance ; le précariste a cette volonté, lorsque le *precario* dans lui a donné le pouvoir de modifier le mode de culture ou de faire des constructions. Saleilles (*Elém. constitut. de la poss.*, nos 109 et 118), l'*animus possidendi* est la volonté d'avoir sur la chose cette maîtrise de fait qui permet de s'en approprier les profits économiques. — Ascoli (*Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano*, 2^e an., p. 301) reprend la définition de Scialoja : l'*animus possidendi* est « la volonté de se tenir dans un rapport direct et indépendant avec la chose ». On peut rapprocher de cette définition celle d'Hruza (*Zschr. de Grünhut*, 1897, p. 224-229), d'après laquelle l'*animus possidendi* est la volonté d'avoir la détention sans autres entraves que celles qui proviennent de sa propre volonté. — Enfin certains auteurs voient dans l'*animus possidendi* la volonté d'avoir la possession pour soi. Riccobono (*La Teoria del Possesso nel Diritto romano* dans *Archiv. giurid.*, t. 53, p. 281) donne expressément cette définition. Pour Hoelder (*Krit. Vierteljahrschr.*, 1892, p. 232-233), l'*animus possidendi* est la volonté de se trouver dans un rapport immédiat avec la chose. En réalité, c'est une manière déguisée de définir l'*animus possidendi*, la volonté de posséder pour soi. Ce qui constitue, en effet, d'après cet auteur, le rapport immédiat du possesseur avec la chose, c'est que celui-ci peut réprimer les troubles possessoires ou recouvrer la possession en exerçant les interdits de son chef, sans avoir besoin de recourir à l'intermédiaire d'un tiers. Le détenteur, au contraire, doit s'adresser au possesseur.

(1) *Besitz und Besitzschutz*, p. 19.

si précis de la l. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1 pour l'époque de Pégasus et d'Ulpien, nous croyons qu'on peut en conclure légitimement que la distinction de la possession et de la détention s'est toujours maintenue, même sur le terrain de la dogmatique, dans une étroite connexité avec le rôle primitif de nos interdits. Cette distinction n'est d'ailleurs pas une création artificielle, tentée par les jurisconsultes romains à une époque où le préteur avait déjà achevé de délimiter le champ d'application pratique de nos interdits. Elle s'est trouvée inscrite dans les faits et les jurisconsultes n'ont fait que dégager théoriquement ce qui existait dans la réalité. L'éclosion de la notion théorique de possession a été favorisée par ce fait que l'objet du débat dans les interdits *retinendae possessionis* portait sur le point de savoir *uter possessor esset*. Les Romains la conçoivent déjà assez nettement à l'époque de Cicéron.

II. Primitivement, les notions de possession et de détention sont confondues. L'emploi très fréquent du mot *possessio* pour désigner la simple détention, non seulement à l'époque de Cicéron, mais même encore dans les écrits des jurisconsultes classiques et les *Institutes* de Justinien, prouve cette confusion primitive. Le préteur n'attache pas un autre sens au mot *possessio* le jour où il crée les interdits *retinendae possessionis*. La question qu'il soumet au juge, en lui donnant l'ordre de rechercher *uter possessor sit*, est celle de savoir

laquelle des deux parties avait la détention matérielle de la chose le jour où des troubles possessoires ont été commis et quelle est, par suite, celle des deux parties qui doit garder la chose pendant la durée de l'instance et jouer le rôle avantageux de défendeur. En d'autres termes, l'objet essentiel du débat dans nos interdits est la question de savoir qui a la détention de la chose.

Néanmoins, la destination même de ces interdits amène une différenciation de la notion de possession et de la notion de détention. Leur objet n'est pas de déterminer entre personnes quelconques quelle est celle d'entre elles qui a la détention de la chose. L'examen de cette question n'a lieu que dans un but précis : déterminer celle des parties qui, ayant la détention, doit jouer le rôle avantageux de défendeur à la revendication. Ceux-là seuls viennent à nos interdits qui, en cas d'échec, sont résolus à recourir à l'action en revendication, c'est-à-dire par conséquent ceux-là seuls qui prétendent tout à la fois à la détention et à la propriété.

Toute détention ne peut donc pas faire l'objet du débat dans les interdits *retinendae possessionis*. A raison même de leur fonction de préalables à la revendication, ceux-ci ne peuvent pas être invoqués ni à l'égard des *res extra commercium*, ni par des personnes en puissance. Il ne peut être question de revendication pour ces choses et pour ces personnes et, du même coup, l'application de nos interdits est écartée à leur égard. De même, l'un des plaideurs peut, dans ces interdits, écarter la préten-

tion de son adversaire, en établissant par tout moyen, autre que la preuve de la propriété, que celui-ci ne peut prétendre à la propriété ni venir par conséquent à la revendication (1). Il le peut notamment en prouvant que cet adversaire a la chose entre les mains en vertu d'un titre par lui-même exclusif de la propriété : dépôt, commodat, louage, mandat, usufruit. On est ainsi amené à distinguer de toute détention, cette détention spéciale qui permet de triompher dans les interdits *retinendae possessionis*, et le mot *possessio* qui primitivement désignait toute espèce de détention, acquiert désormais un sens restreint pour désigner cette espèce de détention. Cette détention a ceci de caractéristique qu'elle n'existe pas là où l'on peut établir par tout moyen autre que la preuve de la propriété, que le détenteur n'a pas qualité pour venir à la revendication. La possession proprement dite se sépare ainsi de la détention portant sur des *res extra commercium*, ou existant au profit des personnes en puissance ou de la détention, qui repose sur un titre exclusif de propriété : dépôt, commodat, etc...

La limite de cette notion de possession, c'est la possibilité d'écarter celui qui se prétend possesseur par toute preuve autre que celle de la propriété. Il en résulte que le détenteur, en vertu d'un titre exclusif de propriété, peut acquérir la possession, s'il méconnaît

(1) Vermond, *Traité de la Poss.*

son titre et se prétend investi de la chose à titre de propriétaire. Le seul moyen de faire tomber sa prétention serait de prouver qu'il n'est pas propriétaire (1). Or, cette preuve est exclue du débat sur les interdits possessoires. Nous avons vu, plus haut, que le droit positif ne tient compte de cet *animus infitiandi* qu'autant qu'il s'est manifesté réellement dans une interversion de titre.

La distinction de la possession et de la détention est ainsi résultée naturellement du but des interdits *retinendae possessionis*. Elle apparaît déjà nettement à deux reprises dans le *Pro Caecina* de Cicéron. Il y est dit textuellement que le fermier ne possède pas, mais que le bailleur possède par l'intermédiaire du fermier : « *si Caesennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo...* » (2). A un autre endroit, Cicéron rapporte l'objection que C. Pison lui adresse, lorsqu'il affirme que Caesennia a possédé en qualité d'usufruitière. Il en résulte que déjà, pour C. Pison, l'usufruitier n'a pas la possession : « *Quid aio? istius ille fundus est, quem sine ulla controversia quadriennium, hoc est ex quo tempore venit, quoad vixit, possedit Caesennia?* » « *Usus enim, inquit, ejus fundi et fructus testamento viri fuerat Caesennia* » (3).

III. La distinction de la possession et de la détention

(1) Vermond, *Traité de la poss.*, p. 294-295.

(2) 32, 94.

(3) 7, 49. V. Saleilles, *La contro. poss.*, p. 282 et 286.

se dégage ainsi insensiblement, sans que les Romains se préoccupent de la nature de la volonté requise chez le possesseur. Possession et détention s'attachent à telle ou telle situation juridique et non à telle ou telle espèce de volonté.

Les jurisconsultes romains distinguent de bonne heure les différents *genera possessionum* d'après la *causa possessionis*. Dans cette première conception, le mot *causa possessionis* désigne le titre acquisitif de propriété, la *causa adquirendi ejus quod nostrum non sit* (1). Plus tard, lorsque les interdits *retinendae possessionis* sont créés, tout détenteur, qui a reçu la chose en vertu d'une *causa possessionis* de cette nature, peut incontestablement se servir de ces interdits. Le champ d'application de ces derniers est même plus large. Certains détenteurs, dont la détention ne s'appuie pas sur une *causa adquirendi ejus quod nostrum non sit*, peuvent venir à ces interdits. Tel est le cas, notamment, de celui dont la détention repose sur un vol, sur une prise de possession violente ou clandestine ou sur une remise à précaire. Dans tous ces cas, les jurisconsultes romains sont, cependant, amenés à rattacher la possession à la *causa possessionis*. Dans cette extension, la notion de *causa possessionis* se modifie. Primitivement, la *causa possessionis* est le motif juridique de l'entrée en possession. Désormais, elle désigne d'une manière plus générale

(1) L. 3, § 21, D. *h. t.*; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 31 et suiv.; Cuq, *Rech. sur la poss.*, p. 38 et suiv.

le mode d'établissement de la possession prévue par le droit (1). Il y a dans ces deux notions de la *causa possessionis* une idée commune qui sert de transition de l'une à l'autre ; c'est qu'il faut s'attacher à l'origine de la possession pour déterminer son importance juridique.

A raison même de cette importance de la *causa possessionis*, les Romains décident de bonne heure qu'on ne pourra pas modifier à son gré sa *causa possessionis* : « *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* » (2). Il ne suffit donc pas à un détenteur en vertu d'un titre exclusif de propriété de venir à nos interdits, en manifestant, d'une manière quelconque, une prétention à la propriété de la chose, pour que le juge doive le considérer comme possesseur et lui donner gain de cause. Il ne pourra triompher qu'autant qu'il y aura eu une intervention de titre, une transformation de la *causa detentionis* en *causa possessionis*, c'est-à-dire par conséquent une acquisition de possession dans les conditions fixées par le droit positif, soit par suite d'un accord de volontés entre l'ancien possesseur et son détenteur, soit par suite d'une manifestation réelle de la volonté de nier le titre exclusif de propriété (*contrectatio* du dépôt, refus de délaisser l'immeuble au bailleur). La règle : « *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* » paraît s'op-

(1) Ihering, *Rôle de la vol.*, p. 303.

(2) Dans cet adage, le mot *possessio* est pris dans son sens large, c'est-à-dire comprenant toute détention.

poser également, comme nous l'avons vu, à ce qu'un possesseur devienne, par sa seule volonté, détenteur au nom d'autrui.

En résumé, le droit positif détermine les conditions d'acquisition de la possession et l'ensemble de ces conditions donne à l'entrée en possession un certain caractère qu'on désigne sous le nom de *causa possessionis*.

Il importe cependant de remarquer que la théorie de la *causa possessionis* n'a jamais été dégagée par les jurisconsultes romains d'une manière aussi complète dans notre matière que celle de la *justa causa* dans la matière de l'usucapion. C'est ainsi, par exemple, que les textes ne rattachent jamais l'absence de possession sur les *res extra commercium* ou chez les personnes en puissance à la nature de la *causa*.

Quant à cette théorie de la *causa possessionis*, elle était commandée par la force des choses. Le droit positif ne peut laisser la volonté humaine décider souverainement de l'existence ou de la non-existence de la possession. Il est obligé de poser des bornes aux caprices de cette volonté et de déterminer les limites dans lesquelles elle pourra évoluer librement.

IV. Mais la *causa possessionis* ne constitue qu'une enveloppe rigide dans laquelle les jurisconsultes enferment cet élément si mouvant et si capricieux de la volonté. Au fond de la *causa possessionis*, on peut découvrir l'*animus possidendi*, et la distinction de la *causa pos-*

sessionis et de la *causa detentionis* correspond en fait à une distinction de la volonté propre à la possession et de la volonté propre à la détention. Il n'y a donc rien de surprenant que les jurisconsultes romains aient cherché à caractériser ces différentes *causae* par l'*animus* qu'elles recèlent normalement.

Notons immédiatement qu'on ne trouve jamais dans les textes une tentative de caractériser la détention des *res extra commercium* par la nature de l'*animus* du détenteur. En ce qui concerne les personnes en puissance, il est incontestable qu'ils ont la simple volonté de déténir au nom du chef de la *domus* : les jurisconsultes romains ne prennent jamais la peine de faire remarquer que la cause de leur détention est leur *animus alieno nomine possidendi*.

La théorie de l'*animus possidendi* se présente donc dans les écrits des jurisconsultes d'une manière tout à fait fragmentaire. Ils n'ont fait que l'ébaucher. C'est une remarque qu'ils font occasionnellement à propos de tel possesseur ou de tel détenteur. Ils reconnaîtront que l'emprunteur dans un prêt de consommation, le voleur et l'usurpateur ont un *animus possidendi*. Ils refuseront la possession au locataire et au mandataire parce qu'ils n'ont pas l'*animus possidendi*.

Quand on compare entre elles les *causae possessionis* et les *causae detentionis*, on s'aperçoit que, sont seuls appelés normalement aux interdits *retinendae possessionis* ceux qui, au moment de leur acquisition de posses-

sion, ont manifesté une volonté de propriétaire, soit qu'il aient acquis la chose en vertu d'un titre translatif de propriété, soit que, par une interversion de titre, ils aient manifesté l'intention de ne plus se comporter comme détenteurs, mais comme propriétaires. La *causa possessionis* se caractérise donc par l'*animus domini*. Mais il importe de remarquer que la possession ne se lie à l'*animus domini* qu'autant qu'il s'est manifesté dans les conditions requises par le droit positif. Il ne suffira pas à un détenteur quelconque de venir aux interdits *Retinendae possessionis* et d'y affirmer qu'il se prétend propriétaire. Le juge ne pourra tenir compte de cet *animus domini* qu'autant qu'il se sera incarné dans une *causa possessionis*, dans une interversion de titre, par exemple.

V. L'opinion que nous avons adoptée sur l'origine historique des interdits *Retinendae possessionis*, jointe au langage si formel d'Ulpien, nous amène ainsi à admettre la théorie de l'*animus domini* abstrait ou typique, c'est-à-dire tel qu'il se lie à la *causa possessionis*.

Mais cette théorie soulève, comme nous l'avons vu, plusieurs objections tirées de l'existence de la possession chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre.

On a dit, tout d'abord, et c'est la critique la plus grave qu'on ait adressée à notre théorie, que les textes ne nous présentent jamais le créancier gagiste et le précariste notamment (1), comme des possesseurs anor-

(1) L. 22, § 1, D. de nox. act., 9, 4 ; l. 43, § 1, D. de publ. act., 6, 2.

maux. Leur possession serait donc aux yeux des juriconsultes romains, une application normale de la notion de possession.

Nous avons donné à cette objection la meilleure réponse qu'il soit possible de lui faire en prouvant que, même au point de vue historique, ces cas de possession constituent une anomalie (1). Les termes mêmes dans lesquels la l. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1, formule notre distinction s'oppose à ce qu'on les considère comme des applications normales de la notion de possession. On ne voit pas en vertu de quel motif les gagistes et les précaristes auraient plus d'aptitude à répondre à la revendication que les fermiers et les usufruitiers. La doctrine de Pégasus paraît se rattacher aux règles de la *rei vindicatio* dans la *legis actio sacramenti*. Là, chaque plaideur affirmait sa prétention à la propriété et les simples détenteurs ne pouvaient y venir, puisqu'ils reconnaissaient la propriété d'une tierce personne. Le gagiste et le précariste étaient incapables de figurer à la revendication intentée dans cette forme. Il semble en résulter qu'ils n'ont pas cette possession que Pégasus réclame du défendeur à la revendication et qui donne droit par elle-même aux interdits *Retinendae possessionis*.

(1) Il n'est peut-être pas impossible de découvrir dans les textes d'autres traces que la possession du créancier gagiste et du précariste constituent des anomalies. M. Cuq, *Rech. sur la poss.*, p. 50, a signalé, en ce qui concerne le créancier gagiste, la l. 3, § 15, D. *ad exhib.*, 40, 4. V. pour d'autres traces, Hirsch, *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes*, p. 628 et ssv.

On objecte, en second lieu, que les expressions *animus domini* ne se rencontrent jamais dans les écrits des jurisconsultes romains.

Nous croyons cependant qu'on peut découvrir dans les textes plusieurs traces de cette théorie.

On peut d'abord invoquer la l. 68 (67), D. *de furt.*, 47, 2 :

Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitatio, licet prope furtum est) sed si possessionem ejus apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, HABERE PRO SUO DESTINAVERIT.

N'est-ce pas textuellement cette volonté d'avoir la chose comme sienne « *ut suam* », que nous avons trouvée chez Placentin (1) et qui correspond, en réalité, à l'*animus domini* ?

On peut également tirer un argument d'analogie des expressions dont se servent les jurisconsultes romains pour caractériser soit la *possessio libertatis*, soit la *juris possessio*. La *possessio libertatis* appartient à celui qui « *pro libero agit* » (2). La *possessio servitutis* n'appartient qu'à celui « *qui suo jure uti se credidit* » et non à celui « *qui pro alterius servitute usus est* » (3).

Enfin les expressions ψυχῇ δεσπόμενος de la Paraphrase

(1) V. *suprà*, p. 55-58.

(2) L. 10, D. *de lib. caus.*, 40, 2.

(3) L. 25, D. *quemadm. serv. am.*, 8, 6. V. Kuntze, *Zur Besitzlehre*, p. 36-37.

nous paraissent devoir être traduites par *animus domini*. Chacune de ces expressions donne lieu, comme nous avons pu le voir, par l'historique de la doctrine, à deux traductions différentes. Le mot *ψυχή* est traduit tantôt par *animus*, tantôt par *opinio* ; le mot *δεσπόζοντος* est traduit tantôt par *dominantis* et tantôt par *domini*.

L'expression *δεσπόγειν* peut signifier se comporter en maître. Dans le langage des jurisconsultes, elle a presque toujours le sens précis de devenir propriétaire (1). C'est en partant de cette constatation qu'un éditeur allemand de la Paraphrase, Wustemann, avait traduit le το *ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν*, détenir « mit der Absicht Eigenthümer zu werden » (2). La langue latine n'a pas d'expression pour traduire exactement *δεσπόζοντος*, « devenant propriétaire ». On est, par suite, obligé de se contenter du mot *dominus* en lui attachant un sens plus compliqué que celui de propriétaire.

L'historique que nous avons fait de la doctrine dans l'Empire d'Orient (3) nous paraît démontrer d'une manière décisive que l'on ne peut pas traduire *ψυχῇ δεσπόζοντος* par *animus dominantis*, ou simple volonté de se comporter en maître vis-à-vis de la chose. Nous avons vu, en effet, que l'auteur de l'Anonyme prend soin d'é-

(1) Sert normalement pour désigner l'acquisition de propriété de la chose par une possession prolongée ou l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. V. notam. *Basiliq.*, lib. 4, tit. III, *περί καταχρήσεων καὶ νομῶν*.

(2) Savigny, *Traité de la poss.*, p. 598.

(3) V. *supra*, p. 36 et ssv.

carter le ψυχὴ δεσπόζοντος de la *possessio ad interdicta* pour le reléguer dans la *possessio ad usucapionem*. Les recueils officiels ou privés qui l'ont suivi paraissent avoir consacré cette manière de voir. Si les jurisconsultes byzantins n'avaient vu dans le ψυχὴ δεσπόζοντος que la volonté de se comporter en maître vis-à-vis de la chose, ils ne se fussent certainement pas servis de ces expressions pour caractériser la *possessio ad usucapionem*. Tous nos anciens auteurs du XVI^e siècle traduisent fidèlement δεσπόζοντος par *domini* (1).

La difficulté nous paraît beaucoup plus sérieuse lorsqu'il s'agit de savoir si le mot ψυχὴ doit se traduire par *animus* ou *opinio*. En d'autres termes, s'agit-il, sous ces expressions, de la bonne foi ou croyance qu'on est propriétaire ou de la simple volonté de se comporter en propriétaire ?

En faveur de la première traduction, on peut invoquer de très sérieux arguments. Le fait que l'auteur de l'Anonyme et ses successeurs paraissent toujours reléguer le ψυχὴ δεσπόζοντος dans la matière de l'usucapion et la traduction littérale du ψυχὴ δεσπόζοντος comme volonté de devenir propriétaire, alors que le voleur et le ravisseur ne paraissent avoir que la volonté de se comporter comme propriétaires et non la volonté de réaliser une acquisition de propriété qui leur est refusée, donnent un certain fondement à la traduction par *opinio domini*

(1) V. *supra*, ch. IV, II^e partie.

ou croyance qu'on est propriétaire, qu'adoptaient notre grand Cujas (1) et bon nombre d'anciens auteurs après lui.

Malgré ces raisons, nous croyons qu'on peut dans la Paraphrase traduire le *ψυχὴ δεσπόζοντος* par *animus domini* ou volonté de se comporter en propriétaires. Nous ferons remarquer que l'autorité de Cujas n'est pas en cause dans la question. La première citation qu'il fait du *ψυχὴ δεσπόζοντος* est extraite des Basiliques. La connexité dans laquelle la matière de la possession se trouve, dans ce recueil, exposée avec celle de la propriété et notamment de l'usucapion explique peut-être qu'il se soit laissé entraîner à voir dans le *ψυχὴ δεσπόζοντος* la croyance qu'on est propriétaire ou la bonne foi. Cette confusion ne paraît pas possible quand on s'en tient au texte de la Paraphrase où le *τυχῇ δεσποζοντος νέμεσθαι* est très nettement distingué du *καλῇ πίστει νέμεσθαι* (2).

Nous croyons donc que, sous le nom d'*animus possidendi*, les jurisconsultes romains désignent, en réalité, l'*animus domini*. Les applications qu'ils font de cette théorie de l'*animus possidendi* confirment plutôt cette manière de voir, puisque dans tous les cas où il en est

(1) V. *suprà*, p. 83.

(2) *Paraphr.*, lib. II, tit. 9, § 4. Le passage correspondant des Institutes de Gaius paraît très significatif, quand on le rapproche de la Paraphrase. Gaius, II, 93 : *Usufructuarius vero usucapere non potest : primum quia non possidet, sed habet jus utendi et fruendi, deinde quia scit alienum servum esse.*

fait mention, il s'agit soit de possesseurs qui ont cet *animus domini* (emprunteurs dans *mutuum*, voleurs, envahisseurs), soit de détenteurs qui n'ont pas cet *animus domini* (mandataires, locataires).

V. Le créancier-gagiste, le précariste et le séquestre constituent des exceptions à cette règle. Ce sont des détenteurs auxquels le véritable possesseur a cédé sa possession *utilitatis causa* (1).

Cette solution est formellement inscrite dans les textes, en ce qui concerne le dépositaire séquestre. Plusieurs textes sont, comme nous l'avons vu, favorables à cette même solution en faveur du gagiste et du précariste. L'opinion que nous avons adoptée sur l'extension historique des interdits possessoires à ces détenteurs nous commande cette manière de voir.

Il ne s'agit pas ici d'une cession anticipée des interdits possessoires au créancier gagiste et au précariste, de telle façon qu'ils viennent les exercer au nom du véritable possesseur. Les textes parlent ici d'une cession de possession et présentent le gagiste et le précariste comme des possesseurs en leur propre nom. Ce n'est donc pas seulement le droit aux interdits qui forme l'objet de la cession, c'est la possession elle-même avec le droit aux interdits qui s'y attache.

Il n'y a pas lieu, croyons-nous, de s'arrêter à une

(1) Kuntze, *Zur Besitzlehre*, p. 72 ; Hirsch, *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und Verlust.*, p. 626 et suiv.

objection maintes fois faite à la théorie de Savigny que la possession est un simple fait, qui existe ou n'existe pas, mais qui ne peut être cédé. Le gagiste et le précairiste, dit-on, acquièrent la possession le jour où ils appréhendent la chose ; la possession ne leur est pas transmise par le débiteur constituant ou par le concédant à précaire.

Cette objection vient se heurter aux textes si nombreux qui parlent de *possessio concessa* ou *tradita*. La possession est un droit. Elle suppose à sa base un fait : la détention. Le droit positif, en attachant certains effets juridiques à ce fait, l'a transformé en droit (1). La caractéristique du droit de possession est de ne pouvoir faire l'objet d'un transfert purement immatériel. La cession des avantages juridiques que procure la possession, c'est-à-dire par conséquent du *jus possessionis*, ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle est accompagnée de la remise de la détention.

En résumé, la théorie de l'*animus domini* comporte trois exceptions : au cas de gage, de précaire et de dépôt séquestre. Le seul *animus* dont il puisse être question chez ces personnes est la volonté d'avoir la possession pour soi.

(1) Cicéron, *Pro Caec.*, 12, 34 et 12, 35. V. Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 329 et 330.

CONCLUSIONS

Les conclusions qui se dégagent de cette étude ne sont, pour la plupart, que la confirmation de vérités déjà formulées, mais qu'il importe de rappeler pour les faire pénétrer de plus en plus dans la doctrine.

1° La question du critérium de la distinction de la possession et de la détention est, en elle-même, de nature purement théorique, mais elle suppose à sa base une recherche, entreprise d'une manière indépendante, sur la formation historique de cette distinction. Elle demande, pour être résolue en pleine connaissance de cause, qu'on se prononce sur ce double problème : Pourquoi et comment les interdits *Retinendae possessionis* ont-ils été accordés à telle personne et refusés à telle autre ? De quelle manière, la possession s'est-elle, au point de vue théorique, distinguée de la détention ? La théorie que l'on doit adopter sur le critérium de notre distinction est commandée par la réponse que l'on donne à cette double question.

2° Sur la question du rôle primitif des interdits *Retinendae possessionis* et de l'extension de leur champ d'application, nous avons rencontré de nombreuses théories. Nous nous sommes prononcé en faveur de celle

qui fait naître ces interdits en vue de déterminer le rôle des plaideurs à la revendication. Cette opinion a l'avantage de s'appuyer sur un texte formel de Gaius (IV, 148) et peut invoquer, en sa faveur, l'autorité de grands noms dans la science du droit romain. Nous reconnaissons que sur ce point les discussions sont loin d'être closes. Il est toutefois permis d'espérer que la science arrivera un jour à des conclusions plus fermes.

3^e L'histoire de la formation dogmatique de notre distinction soulève des débats non moins vifs. Nous avons admis que la notion de possession a dû se former très rapidement et se tenir dans une étroite connexité avec l'application originaire des interdits *retinendae possessionis*. L'objet du débat dans ces interdits était de rechercher à qui appartenait la possession. La question même qui était soulevée dans ces interdits favorisait l'éclosion rapide d'une notion théorique de la possession. Celle-ci a dû se présenter, dès son origine, comme la manifestation extérieure du droit de propriété. Cette manière de voir s'impose à nous d'une manière spéciale, puisque, selon nous, les interdits *Retinendae possessionis* ont servi, dès leur origine, à déterminer le rôle des plaideurs à la revendication et que la distinction théorique de la possession et de la détention est formellement rattachée par un texte de l'époque classique (l. 9, D. *de rei vind.*, 6, 1) à cette fonction des interdits *Uti possidetis* et *Utrubi*. La notion de possession s'est ainsi formée très rapidement sous l'influence

du rôle primitif des interdits *Retinendae possessionis*. Elle s'est trouvée inscrite dans les faits à raison même du but de ces interdits et les jurisconsultes romains, en la formulant théoriquement, n'ont fait qu'enregistrer doctrinalement ce qui existait en réalité. La notion de possession n'est donc pas une construction artificielle des jurisconsultes romains, cherchant à grouper dans une notion générique tous les cas d'application plus ou moins arbitraire de ces interdits.

4° Ces prémisses posées, la théorie de l'*animus domini* en découlait. Le détenteur qui vient aux interdits *Retinendae possessionis* élève, virtuellement, du moins, une prétention à la propriété : c'est, par conséquent, un détenteur avec *animus domini*. Si ces expressions ne se rencontrent pas dans les textes, nous trouvons leur équivalent dans l'*habere pro suo destinaverit* de la l. 68 (67), D. de furt., 47, 1. Placentin, qui ignorait le ψυχὴ δεσπόζοντος et par suite l'*animus domini*, connaissait sous le nom de volonté de posséder *pro suo* une théorie équivalente à celle de l'*animus domini*. Le ψυχὴ δεσπόζοντος de la Paraphrase doit être traduit par *animus domini*. La traduction par *opinio domini* doit être repoussée, parce que la Paraphrase distingue nettement le το ψυχὴ δεσπόζοντος νέμεσθαι de la possession de bonne foi. La traduction par *animus dominantis* est condamnée par ce fait que l'Anonyme et les œuvres postérieures de l'empire d'Orient invoquent le ψυχὴ δεσπόζοντος dans la matière de

l'usucapion, où il n'aurait rien à faire, s'il devait se traduire par *animus dominantis*.

5° Ajoutons enfin, pour répondre à la théorie de Ihering, que l'*animus domini* n'est pas un élément qui décide souverainement de l'existence de la possession. Nos anciens auteurs eux-mêmes ne l'admettaient pas (Cujas et Doneau, p. ex.). Ils exigeaient notamment que l'ancien possesseur ait abandonné sa possession. La possession réclame pour sa naissance la réunion d'un certain nombre de conditions qui la caractérisent. Elle s'attache ainsi à telle où telle situation juridiquement déterminée, c'est-à-dire à la *causa possessionis*. L'*animus domini* ne sert qu'à caractériser les *causae possessionis*. La théorie de l'*animus domini* n'a d'ailleurs jamais été qu'ébauchée par les jurisconsultes romains.

Telles sont les conclusions que nous croyons devoir poser à la fin de ce travail. On peut voir, par l'incertitude qui plane sur bon nombre d'entre elles, que bien des points soulèvent encore de légitimes discussions. Bien des esprits se laisseront encore attirer par l'attrait de ce délicat problème.

Qu'il nous soit permis, à la fin de cette étude, de rappeler une affirmation déjà faite par de plus autorisés que nous et que notre historique de la doctrine confirme complètement, c'est qu'envisagée au seul point de vue de la dialectique, la question de l'*animus possidendi* soulèvera toujours les mêmes difficultés et donnera toujours lieu aux mêmes solutions. Pour pouvoir prendre

une position ferme sur ce terrain, il faut auparavant s'être prononcé sur la question de l'origine et du développement historique des interdits *Retinendae possessionis* et sur la question de la formation dogmatique de notre distinction. La solution à laquelle on est alors amené sur la question du critérium de cette distinction, ne fût-elle pas d'une rectitude absolue au point de vue logique, n'en devrait pas moins être maintenue, si elle était historiquement fondée. L'intérêt pratique et l'équité sont les seuls régulateurs du droit positif. Il faut parfois renoncer à faire rentrer dans le cadre d'une construction, logiquement inattaquable, ce qui s'est produit arbitrairement dans le cours des temps.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Etat de la question d'après les textes.

INTRODUCTION. — Précision du Code civil quant à la terminologie employée, quant à l'intérêt pratique, quant au critérium de distinction	5
---	---

CHAPITRE PREMIER. — Défaut de précision de la terminologie romaine.	6
---	---

I. Divers sens du mot *possessio*. Multiplicité d'expressions employées pour désigner la détention. — II. Peut-on découvrir sous cette variété d'expressions une notion commune ?

CHAPITRE II. — Défaut de précision des textes quant à l'intérêt pratique de la distinction . . .	10
--	----

I. Quand les jurisconsultes romains opposent la possession à la détention, ils lient au mot *possessio* l'idée d'avantages juridiques que ne procure pas la détention. — II. Les jurisconsultes romains confondent parfois la possession avec tel ou tel de ses avantages. — III. Il existe une notion de possession indépendante des effets qu'elle produit. — IV. Cette notion est commune à tous les effets de la possession. — V. La possession qu'on oppose à la détention est celle qui est la plus large. — VI. Énumération rapide des effets de la possession. — VII. Dispense de fournir des fidéjusseurs en cas de *cautio in jure sistendi*. Examen spécial de la l. 15, D. *qui satisd. cog.*, 2, 8. —

VIII. Examen des autres effets. La possession la plus large est la possession *ad interdicta*. — IX. Énumération des possesseurs. — X. Emphytéotes ? — XI. Superficiaires ? — XII. Conclusion.

CHAPITRE III. — Défaut de précision des textes quant au critérium de distinction 32

I. *Corpus*. Élément commun à la possession et à la détention. — II. *Animus*. On entrevoit dans les textes l'idée d'un *animus* spécial à la possession. Les textes ne précisent pas la nature de cet *animus*.

DEUXIÈME PARTIE

Histoire dogmatique de la distinction de la possession et de la détention chez les interprètes du Droit romain depuis la Paraphrase jusqu'à la théorie de Ihering.

CHAPITRE PREMIER. — Dans l'Empire d'Orient 35

I. Paraphrase. — II. Anonyme. — III. Basiliques. — IV. *Synopsis basilicorum*. — V. Michel Attaliata. — VI. *Synopsis minor*. — VII. Harménopule. — VIII. Conclusion.

CHAPITRE II. — Les Glossateurs 40

I. Valeur et importance du témoignage des Glossateurs pour notre question. — II. Les expressions *animus domini* ne sont jamais employées pour caractériser la possession. — III. Nature de la possession. — IV. *Possessio civilis* ou *ficticia*. *Possessio naturalis* ou *vera*. — V. Distinction entre la possession feinte et l'acquisition feinte de possession. — VI. Sens large du mot *detentio*. — VII. Terminologie de la distinction de la possession et de la détention. — VIII. Intérêt pratique de la distinction. — IX. Critérium de distinction. — X. Récapitulation. — XI. Conclusion.

CHAPITRE III. — Les Postglossateurs. 63

I. Valeur et importance du témoignage des Postglossa-

teurs pour notre question. — II. Terminologie de la distinction de la possession et de la détention. — III. Intérêt pratique de la distinction. — IV. Critérium de la distinction. — V. Conclusion.

CHAPITRE IV. — De la Renaissance à Savigny 69

INTRODUCTION.

I. Influence des réformes de la Renaissance sur les travaux relatifs à la possession. — II. Connaissance et utilisation des œuvres de l'Empire d'Orient. — III. Division du chapitre.

SECTION I. — PREMIÈRE ÉPOQUE. PREMIÈRE MOITIÉ DU XVI^e SIÈCLE. 75

I. Caractère de cette époque. — II. Zasius. — III. Alciat.

SECTION II. — DEUXIÈME ÉPOQUE. — SECONDE MOITIÉ DU XVI^e SIÈCLE. — Caractère de cette époque. 77

- § I. — *Premier groupe*. — Partisans de l'*animus domini*.
— I. Duaren. — II. Bauduin. — III. Connanus. —
IV. Antoine Leconte. — V. François Hotman. — VI.
Jules van Beyma. — VII. Doneau 78
- § II. — *Deuxième groupe*. — Partisans de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi*. — I. Cujas. — II. Barnabé Brisson. — III. Friderus Mindanus. 85

SECTION III. — TROISIÈME ÉPOQUE.

Caractère de cette époque. 89

- § I. — *Premier groupe*. — Partisans de l'*animus domini*.
— I. Antoine Favre. — II. Jérôme Treutler. — III.
Ramos del Manzano 92
- § II. — *Deuxième groupe*. — Partisans de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* 94

I. Division. — II. 1^o Auteurs qui se contentent d'énumérer sous le chef de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* les possesseurs, déclarés tels par les textes, sans chercher à préciser la notion de l'*animus possidendi* et à donner la raison d'être de la distinction de la possession

et de la détention : *Henri Zoes, Vinnius, Perez, Noodt, Voet, Davy Dargenté et Pothier*. — III. 2^o Auteurs qui dans plusieurs cas s'efforcent de justifier la distinction de la possession et de la détention sans aller jusqu'à donner de l'*animus sibi possidendi* une notion abstraite et générale. — A. Melchior de Valentia. — B. Oroz. — C. Joseph Fernandez de Retes. — D. Galvanus. — IV. 3^o Auteurs qui s'efforcent de dégager des différents cas de possession une notion abstraite de l'*animus possidendi* qui convienne à tous les possesseurs et nous donne en même temps la raison d'être de la distinction de la possession et de la détention. — A. Lauterbach. — B. Merenda.

CHAPITRE V. — De la théorie de Savigny (1803) à celle de Ihering (1889) 107

INTRODUCTION. — Etat de la doctrine au commencement du XIX^e siècle.

§ I. — *Théorie de Savigny* 108

I. *Possessio civilis* et *possessio naturalis*. — II. *Possessio ad usucapionem*, *possessio ad interdicta*, détention. — III. Élément caractéristique de la possession. — IV. L'*animus domini* ne se confond pas avec l'*opinio domini*. — V. Possession dérivée. — VI. L'*animus domini* et la détention des personnes en puissance et des *res extra commercium*. — VII. Conclusion.

§ II. — *Partisans de la théorie de l'animus domini*. 112

I. Division. — II. Premier groupe : A. Bruns, Vangerow, Arndts, Puchta etc... — B. Thibaut. — C. Brinz. — D. Accarias. — E. Windscheid. — III. Deuxième groupe. A. Schroeter. — B. Duncker. — C. Rosshirt. — D. Kierulff. — E. Pfeifer.

§ III. — *Partisans de la théorie de l'animus sibi habendi ou sibi possidendi* 118

I. Caractères généraux de cette théorie au XIX^e siècle. — II. 1^o *Animus possidendi* : volonté d'avoir sur la chose une certaine maîtrise de fait qu'on prétend ne trouver que chez les possesseurs. — A. Bartels. — B. Schmidt. — C. Lenz. — D. Boecking. — E. Dernburg. — F. Scheurl. — III. 2^o *Animus possidendi* : volonté d'avoir la

chose à son profit : Machelard. — IV. 3° *Animus possidendi* : volonté d'avoir une détention accompagnée d'un droit quelconque : Guyet. — V. 4° *Animus possidendi* : volonté d'avoir une détention accompagnée d'un droit réel : A. Van Wetter. — B. Scialoja. — VI. 5° *Animus possidendi* : simple volonté d'avoir la possession pour soi. — A. Warnkoenig. — B. Molitor. — C. Sintenis. — D. Pernice. — E. Mandry. — F. Dernburg depuis 1883.

APPENDICE. — Tableau synoptique des opinions émises sur l'*animus possidendi* avant Ihering. 134

CHAPITRE VI. — Critiques adressées aux théories de l'*animus domini* et de l'*animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* avant Ihering. 136

I. Objet, utilité et division de ce chapitre. — II. 1° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté de se comporter comme propriétaire ou *animus domini*. — III. 2° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'exercer sur la chose une certaine maîtrise spéciale à la possession, que cette volonté soit désignée sous le nom d'*animus domini* ou sous le nom d'*animus sibi possidendi*. Preuve : A) au point de vue de l'étendue des pouvoirs, B) au point de vue de leur caractère exclusif, C) au point de vue de leur durée. — IV. 3° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'être uni à la chose par un lien de droit quelconque. — V. 4° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'exercer un droit réel sur la chose. — VI. 5° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'avoir la chose dans son propre intérêt. — VII. 6° La possession n'est pas la détention accompagnée de la volonté d'avoir la possession pour soi. — VIII. Conclusion : Trois réponses : Meischer, Pernice et Dernburg, Ihering.

CHAPITRE VII. — Théorie de Ihering 155

I. Division : critique de la « théorie subjective ». Exposé de la « théorie objective ». — II. Critique de la théorie

subjective. Distinction entre la théorie de la « volonté individuelle ou concrète » et la théorie de la « volonté abstraite ou typique ». — III. La théorie de la volonté « individuelle ou concrète » devant l'histoire du droit romain et au point de vue législatif. — IV. La théorie de la volonté « individuelle ou concrète » sur le terrain de la procédure. — V. La théorie de la volonté « individuelle ou concrète » au point de vue des textes. — VI. La théorie de la volonté « abstraite ou typique » à ces mêmes points de vue. — VII. Théorie objective. Préoccupations de Ihering dans la construction de sa théorie. — VIII. Il n'y a pas de différence théorique entre la possession et la détention et notamment l'*animus* du possesseur est identique à celui du détenteur. — IX. L'élément différenciateur entre la possession et la détention est une règle de droit positif, qui, pour des raisons pratiques, dépouille dans des cas exceptionnels, certains rapports possessoires des avantages de la possession. — X. La théorie de Ihering et la doctrine contemporaine.

TROISIÈME PARTIE.

Recherche d'une solution.

DIVISION DE LA III^e PARTIE.

CHAPITRE PREMIER. — Etat de la question. 199

- I. Double remarque que suggère l'histoire dogmatique de notre distinction. — II. Séparation du point de vue historique et du point de vue dogmatique avant Ihering. — III. Ihering. Influence de ses conceptions philosophiques sur sa théorie de la possession. — IV. La doctrine ne semble pas vouloir suivre Ihering d'une manière absolue. Sa théorie apparaît isolée dans l'ensemble de la doctrine.

CHAPITRE II. — Théorie objective ou théorie subjective 204

- I. A) Sur le terrain de l'histoire du Droit romain, la théorie objective est seule admissible. Que penser de la théorie de nos anciens auteurs à cet égard? — II. Forme

positive et forme négative de la théorie objective. Contradiction entre la théorie de Ihering sur l'origine historique des interdits possessoires et sa théorie sur l'origine historique de la distinction de la possession et de la détention. — III. Conciliation possible. — IV. Conciliation très habile de M. Vermond. — V. B) *Sur le terrain de la dogmatique du droit romain*. Ne pas confondre l'interprétation du droit romain et sa critique. — VI. Division de la discussion. — VII. 1^o *L'animus* est un élément normal mais non nécessaire de la détention. — VIII. 2^o La possession est une notion juridique, la détention est un simple fait. — IX. 3^o La distinction de la possession et de la détention reçoit évidemment la consécration du droit positif romain, mais les jurisconsultes romains la font reposer théoriquement sur une diversité de volonté. — X. Discussion des textes qui, d'après Ihering, condamnent la théorie subjective. — XI. De la *causa possessionis*. — XII. Rôle de la volonté dans la distinction de la possession et de la détention. — XIII. Réfutation de l'objection qu'Ihering tire de l'histoire du droit romain contre la théorie subjective de la *causa possessionis*. — XIV. Réfutation de l'objection tirée de la procédure. — XV. Conclusion. Plan des chapitres suivants.

CHAPITRE III. — **Fondement historique de la distinction de la possession et de la détention.** . . 266

I. Objet du présent chapitre. — II. La théorie qui fait naître l'interdit *Uti possidetis* pour la protection de l'*ager occupatorius* n'a qu'un intérêt très restreint pour la question qui nous occupe. — III. Autres théories sur l'origine historique des interdits *Retinendæ possessionis*. Division. — IV. Premier groupe : L'attribution des interdits *Retinendæ possessionis* aux possesseurs « dits dérivés » ne constitue pas une anomalie au point de vue historique. a) Théorie de M. Saleilles. — V. b) Théorie de M. Karlowa. — VI. c) Théorie de M. Ubbelohde. — VII. d) Théorie de M. Cuq. — VIII. Deuxième groupe : Les interdits *Retinendæ possessionis* naissent dans une étroite connexité avec la propriété et la revendication : leur attribution aux « possesseurs dits dérivés » consti-

tue une anomalie au point de vue historique. Arguments communs à toutes ces théories. — XI. a) Théorie d'après laquelle les interdits *Retinendæ possessionis* ont été imaginés pour permettre aux plaideurs d'écarter l'emploi de la *legis actio sacramenti in rem*. — X. b) Théorie d'après laquelle les interdits *Retinendæ possessionis* ont été imaginés pour déterminer le rôle des plaideurs à la revendication. — XI. A quelle occasion a-t-on imaginé ces interdits ? — XII. Cas de possession dérivée. a) Dépôt séquestre. — XIII b) Gage. — XIV c) Précaire. — XV. L'attribution des interdits *Retinendæ possessionis* aux « possesseurs dits dérivés » repose sur une cession conventionnelle de possession faite par les particuliers et s'est réalisée en dehors de l'activité du prêteur. — XVI. Réfutation d'une objection.

CHAPITRE IV. — Critérium de la distinction de la possession et de la détention. 329

I. Dans quelle mesure la question du fondement historique de la distinction de la possession et de la détention influe sur celle de son critérium ? — II. Comment les notions de possession et de détention se sont-elles différenciées ? — III. De la *causa possessionis*. — IV. L'*animus possidendi* est un *animus domini*. — V. De l'*animus possidendi* chez le créancier gagiste, le précariste et le séquestre.

CONCLUSIONS. 351

Vu :

Le Président de la thèse,
JOBÉ-DUVAL.

Vu :

Le Doyen,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

